

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN AMENAZADA
(SENTENCIA 1.013)

Ediciones Conjuntas con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos

1. Hector Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, 1985, 327 pp.
2. Thomas Buergenthal, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, 1990, 186 pp.
3. Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, 199, 201 pp.
4. Carlos M. Ayala Corao, *Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos*, 1998, 98 pp.
5. Allan R. Brewer-Carías, Héctor Faúndez Ledesma, Pedro Nikken, Carlos M. Ayala Corao, Rafael Chavero Gazdik, Gustavo Linares Benzo, Jorge Olavarria, *La libertad de expresión amenazada (Sentencia 1.013)*, 2001, 306 pp

© by Editorial Jurídica Venezolana
Hecho el Depósito de Ley
Depósito Legal: LF54020013402021
ISBN: 980-365-061-0
Diagramación y Montaje por Francis Gil, Book Antigua 10 Interlineado Exacto
11,5 Mancha 19 x 12 cm.
Editorial Jurídica Venezolana
Email: fejv@cantv.net / infofejv2000@cantv.net
<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>
Torre Oasis, Av. Francisco Solano López, Nivel Planta, Local N° 4.
Apartado Postal 17.598 - Caracas 1015-A, Venezuela
Teléfonos: 762-25-53/762-38-42

Allan R. Brewer-Carías, Héctor Faúndez Ledesma,
Pedro Nikken, Carlos M. Ayala Corao, Rafael Chavero Gazdik,
Gustavo Linares Benzo, Jorge Olavarria

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
AMENAZADA
(SENTENCIA 1.013)**

Pórticos

Roberto Cuéllar M. y Santiago A. Canton

Prólogo

Alberto Quiros Corradi

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Caracas/San José

2001

PÓRTICOS

Roberto Cuéllar M.

Director Ejecutivo
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

El derecho a la libre expresión de las ideas sostiene una multiplicidad de valores estrechamente ligados con el fortalecimiento de la democracia. La libre expresión, en los generosos términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es fundamental como fin en sí mismo, porque permite la autorrealización personal cuando se expresa la propia opinión en medio de todas las demás. Pero también es un medio -y uno de los más importantes- para la búsqueda colectiva de la verdad, del bien común y, en definitiva, para fortalecer la democracia como forma de organización política.

A pesar de su valor, las prácticas de nuestra región demuestran, además de asesinatos y agresiones físicas a personas que quieren ejercer este derecho, principalmente periodistas, la persistencia de restricciones normativas o, directamente, embates de los primeros mandatarios. Particularmente, en América Latina el problema entre el poder político y la libertad de expresión no se centra en el conflicto que puede existir sobre el rol del Estado como distribuidor de recursos para garantizar que todas las voces sean escuchadas,¹ sino en el conflicto "tradicional"; Estados que obstaculizan las libertades ciudadanas.

En este contexto, el poder judicial debe desempeñar un rol protagónico como garante de este derecho humano fundamental pero, paradójicamente, en muchos casos las limitaciones ilegítimas a este derecho provienen de sentencias judiciales lo que produce un doble resultado disvalioso. En primer lugar, la limitación en sí misma del libre debate de ideas y opiniones que, como ha sido dicho reiteradamente, constituye la esencia de la vida democrática. En segundo lugar, estas decisiones erradas hacen incurrir a los Estados en responsabilidad internacional.

El Sistema Interamericano de derechos humanos, por su parte, procura dar respuesta a esta realidad, conforme a su capacidad de acción. Dentro del mecanismo

1 Un análisis de este tipo de conflictos en Fiss, Owen en *La ironía de la Libertad de Expresión*, Barcelona, Ed. Gedisa, abril de 1999, (versión en español).

de denuncias, los órganos de protección hacen esfuerzos considerables para desterrar en la medida de sus posibilidades, los comportamientos estatales reñidos con la libertad de expresión, resolviendo casos contra aquellos Estados que no conforman su conducta a las previsiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, el mecanismo de denuncia ha demostrado ser necesario pero insuficiente para enfrentar los violaciones a este derecho. Si bien hay situaciones que se solucionan por medio del sistema de casos, para la resolución de muchos otros se necesitan capacitación, promoción e investigación, tareas para las que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es el organismo especializado a nivel interamericano.

Con este convencimiento, el IIDH ha trabajado en los últimos años de manera intensa en educación y promoción de la libertad de expresión en todo el continente. Desde 1996, gracias a la colaboración de la Agencia Española de Cooperación Internacional –AECI-, el IIDH desarrolló para América Latina y el Caribe seis seminarios sobre “Medios de Comunicación y Sociedad Democrática”. Un eje temático central de todos ellos fue el rol de la libertad de expresión en relación al control de la corrupción de funcionarios públicos y la incorporación de estándares internacionales de protección que garanticen un mejor sistema normativo para el ejercicio de este derecho.

Al momento en que se publica esta obra, el IIDH continúa su trabajo de promoción de la libertad de expresión en Venezuela gracias al generoso aporte de Robert R. McCormick Tribune Foundation. Se trata de un proyecto de capacitación de un grupo concentrado de jueces y representantes de organizaciones de la sociedad civil, combinando metodologías presenciales y a distancia, con el objeto de facilitar la incorporación de estándares internacionales de protección y adecuar el sistema normativo nacional.

Además de estas acciones, el IIDH ha sostenido un rica línea editorial sobre la materia. En 1994, fue publicado Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político en Centroamérica y, años más tarde, en diciembre de 1997 fue editada la revista de jurisprudencia Iudicium et Vita N° 5, material educativo fundamental en nuestros seminarios y que ha servido como texto de estudio en eventos realizados por otras organizaciones internacionales dedicadas a la enseñanza de la libertad de expresión. En el año 2000, el IIDH ha editado su tomo décimo de la colección Estudios Básicos de Derechos Humanos que reúne algunos de los mejores trabajos actualizados que fueran presentados originalmente en los seminarios “Medios de Comunicación y Sociedad Democrática”, y ha incorporado, por primera vez en la serie, un anexo documental conteniendo las decisiones que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos había emitido hasta aquella fecha.

Nos honra acompañar este importante esfuerzo editorial, iniciativa de destacados juristas venezolanos, algunos de ellos miembros de su Consejo Directivo. Promover activamente una profunda libertad de expresión es el aporte que pretende hacer el IIDH, en su tarea de apoyar el fortalecimiento de la democracia en América Latina y El Caribe.

San José de Costa Rica, agosto de 2001

Santiago A. Canton

*Relator Especial para la Libertad de Expresión de la
Comisión Interamericana de -Derechos Humanos*

Deseo manifestar mi apoyo por la publicación de este fundamental análisis sobre el derecho a la libertad de expresión y sus consecuencias para la democracia en Venezuela.

La libertad de expresión y la democracia están, indudablemente, estrechamente ligadas. La una no puede existir sin la otra. En 1858, J.S. Mill escribió: "Ha quedado atrás, es de esperar, el tiempo en que era necesario la defensa de la libertad de expresión como una de las garantías en contra de gobiernos corruptos o autoritarios." Durante los tres años que me desempeñé como primer Relator Especial para la Libertad de Expresión de las Américas he comprobado que, tras casi un siglo y medio de la frase escrita por Mills, la libertad de expresión continúa siendo un derecho que necesita ser defendido, inclusive bajo gobiernos democráticos.

En el año 1998 América Latina fue la región del mundo con mayores casos de periodistas asesinados. Mas de 150 han sido asesinados durante la última década. Otros son atacados físicamente, amenazados o encarcelados por lo que escriben o dicen cuando critican a las autoridades. El último informe de la Relatoría correspondiente al año 2000 señala que:

"en varios Estados del hemisferio la libertad de expresión continúa seriamente amenazada. Los asesinatos a periodistas; la impunidad de los mismos; las amenazas, agresiones e intimidaciones a periodistas y medios de comunicación; las leyes contrarias a la Convención Americana y otros instrumentos internacionales; y la utilización del poder judicial como instrumento para intimidar y hostigar a los periodistas son las principales causas que amenazan el derecho a la libertad de expresión en el hemisferio."

La noticia de la sentencia 1.013 del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en referencia al ejercicio de la libertad de expresión causó un fuerte impacto en la comunidad, tanto nacional como internacional, que trabaja en la defensa de los derechos humanos y la libertad de expresión. La Relatoría para la Libertad de Expresión ha recibido numerosas expresiones de preocupación de distintos sectores, alar-

SANTIAGO A. CANTON

mados por las consecuencias que este fallo pudiera representar tanto para el ejercicio de la libertad de expresión como para la democracia. De allí se desprende la gran importancia que tiene la elaboración de este trabajo realizado por distinguidos juristas hemisféricos ya que el mismo ayudará a comprender los alcances que podría tener esta decisión.

Debido a la gran importancia que la libertad de expresión tiene para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatoría para la Libertad de Expresión elaboró una Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, que fue aprobada por la CIDH. Dicha Declaración, que se publica en los anexos al presente libro, establece los estándares a los que debe someterse la legislación de los países del hemisferio.

El presente libro representa un instrumento indispensable para entender los alcances de la libertad de expresión y la importancia de la misma para el fortalecimiento de los procesos democráticos de las Américas.

Washington, D.C. 17 de Julio de 2001

PRÓLOGO

Alberto Quiros Corradi
Presidente del Press Club

Mucho se discute en Venezuela sobre la libertad de expresión o ausencia de ella. Se podría presumir que el solo hecho de que exista el debate es una señal de que no se ha coartado la libertad de expresión. En una forma visible, eso puede ser cierto. No ha habido allanamientos de medios de comunicación. No se ha hecho preso a nadie por emitir opinión. No ha habido ataques destructivos y anónimos a las plantas de televisión, a las radioemisoras y a los periódicos. Sin embargo, persiste un clima proclive a suponer que en cualquier momento esas prácticas puedan hacerse presentes. La razón primordial es el estilo agresivo del Presidente quien copa los medios de comunicación públicos a diferentes horas del día y de la noche y en diferentes días de la semana con intervenciones preprogramadas como *Aló Presidente*, programa radial, ahora todos los sábados en la mañana, y cadenas televisivas que pueden ser a cualquier hora del día y de la noche y que, por lo general, duran cuatro o más horas. El abuso comunicacional se manifiesta no sólo por la utilización indebida de los recursos públicos, sino también por el contenido de un mensaje agresivo y atemorizador. En efecto, ya son muchas las personas que han sido agredidas verbalmente por el Presidente en sus programas de opinión, esto por supuesto las expone al escarnio público y es una invitación a la autocensura. No puede, pues, haber libertad de expresión en su sentido más amplio cuando los que quieran hacer uso de ella para criticar al gobierno tengan que pasar por el proceso mental de decidir primero si el uso de ese derecho les acarreará o no sanciones públicas de tipo moral. Ha habido programas televisivos suspendidos y ha habido directores despedidos de algún medio de comunicación, como también persecución judicial a varios periodistas. Estos casos todavía no han sido totalmente clarificados pero pudieran ser señales de lo que pudiéramos esperar en el futuro.

La razón de este libro que hoy prologamos tiene que ver con lo que pudiera considerarse la joya mayor de la corona de agravios a la libertad de expresión: la Sentencia N° 1.013 promulgada por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) el 12/06/2001. Esta sentencia, de no modificarse o anularse por acciones de los propios magistrados o por presiones o decisiones de tipo internacional, pudiera ser el instrumento que le hacía falta al poder ejecutivo para intentar por medios supuestamente constitucionales, apoyados en una sentencia del máximo tribunal de la República, iniciar una campaña agresiva contra los medios de comunicación masivos y contra los comunicadores sociales.

Para dar alguna idea de lo que esta sentencia significa y de los peligros que ella encierra, la analizaremos en dos grandes vertientes.

VERTIENTE I: LO QUE NO DICE LA SENTENCIA.

El TSJ no respondió exhaustivamente y con argumentos sólidos a lo que Elías Santana y *Queremos Elegir* le habían planteado en el “Amparo” solicitado.

VERTIENTE II: LO QUE DICE LA SENTENCIA.

Su contenido abunda en aquellos aspectos que –según algunos- no tenían nada que ver con lo solicitado por el presunto agraviado (Santana).

VERTIENTE I:

Para comentarla, hay que referirse a lo solicitado por Santana y *Queremos Elegir*, lo cual puede resumirse así:

El Presidente de la República en dos ocasiones, a través de la Radio Nacional en el Programa *Aló Presidente*, se refirió tanto a Elías Santana como a *Queremos Elegir* en términos que Santana consideró agraviantes.

Santana le pidió a la Radio Nacional, por medio de su directora, el derecho a réplica en el mismo programa.

La directora de la Radio Nacional le otorgó el derecho a réplica a través de sus tres estaciones, en la Radio Nacional, pero no en el mismo programa.

Santana consideró que esa “oferta” de la Radio Nacional “no constituye cumplimiento fiel al mandato constitucional, por dos razones: 1) El programa radial *Aló Presidente* es transmitido no solamente por las tres estaciones de radio referidas, sino por Venezolana de Televisión, eventualmente por Globovisión y, además, genera gran expectativa y concentra la atención de la mayoría de los medios de comunicación social en sus diferentes formatos (...). 2) El programa radial *Aló Presidente* goza de un altísimo rating o índice de audiencia, tal como lo señalara el propio conductor del programa (el Presidente de la República) en su emisión de fecha 03/09/00 (...).”

PRÓLOGO

A mí manera de ver, se trataba de lo siguiente:

Santana no pidió que la Radio Nacional le diera derecho de réplica a lo dicho por el Presidente. No podía solicitarlo, puesto que la Directora de esa emisora ya le había ofrecido sus espacios para esos fines.

Santana lo que exigió fue que el TSJ le aclarara si él tenía derecho de réplica, no sólo en la Radio Nacional (ya eso estaba concedido), sino en el mismo espacio (programa) donde el Presidente lo había presuntamente agraviado. Esta aclaratoria -de haber sido razonada por el TSJ- hubiera sido muy importante para llenar una aparente laguna legal, dado que no puede invocarse disposición legal taxativa alguna que establezca el derecho a réplica en el mismo programa (radio o TV) o en el mismo sitio (página de periódico) donde se produjo el presunto agravio.

Es solamente en la última parte de la Sentencia donde el TSJ, como si fuera algo que se le ocurrió a última hora, dice: "...igualmente consta en autos que a los accionantes, Radio Nacional de Venezuela les otorgó el derecho a réplica que ahora solicitan (por lo tanto, hasta allí no había nada sobre lo cual decidir. Nota mía), pero que éstos, sin base legal alguna, quisieron imponer al medio las condiciones de ejercicio del derecho lo que equivale a obligar a un medio que -por ejemplo- publicó una noticia en primera página a publicar en esa misma página la respuesta o la rectificación; proceder que no aparece en las leyes citadas en este fallo". Esta es la decisión que pidió Santana. Pero ya se había redactado una Sentencia que le dedica 17 páginas a lo que no se preguntó y despacha en 6 líneas el fondo de lo cuestionado. A mi manera de ver, esas 6 líneas no son suficientes en sus argumentos jurídicos, doctrinarios y de equidad para sustentar la decisión del TSJ.

Mi conclusión sobre esta vertiente es que el TSJ no respondió exhaustivamente y razonadamente a la pregunta que planteó Santana y, como trueque inaceptable, hizo consideraciones generales sobre la problemática informativa (La libertad de expresión, la libertad de opinión, la libertad de información, el derecho a réplica, el papel de los medios de comunicación, etc).

La Sentencia, como un ensayo de un "columnista" merece lectura cuidadosa. Como respuesta jurídica a una interrogante específica, presentada por un ciudadano que se sintió agraviado, deja mucho que desear.

Sobre la extralimitación del Tribunal Supremo de Justicia al responder sobre lo que, presuntamente, nadie le había preguntado, algunos abogados han sugerido que el TSJ tenía no sólo el derecho sino la obligación de hacer todas las consideraciones que hizo, dado que Santana no sólo exigió el derecho de réplica en el mismo programa del Presidente, a través del cual fue presuntamente agraviado, sino que solicitó también "hacer valer -a su vez- el derecho a la información imparcial, prevista en el Artículo 58 de la Carta fundamental, a favor del colectivo nacional". La Sala Constitucional del TSJ

se declaró competente para “conocer de las acciones destinadas a ventilar los derechos e intereses difusos y colectivos...”

Personalmente, sigo sin estar convencido de que lo que pidió Santana le permitía al TSJ elaborar sobre la variedad de temas que comentó. Repito que lo que Santana pidió no fue un derecho a réplica en el mismo medio, sino el derecho a réplica en el mismo programa. Para ello se apoyó en el Artículo 58 de la Constitución, porque es allí donde se concede el derecho a réplica. Y ese derecho a réplica –a su vez- estaba justificado –en la visión de Santana- porque la información que había dado el Presidente no era “imparcial”. Por eso creo que el TSJ en su decisión fue mucho más allá de lo solicitado por Santana.

VERTIENTE II. LO QUE DICE LA SENTENCIA.

El TSJ recoge los mismos cuestionamientos usados por los socialistas-marxistas al alegar que en una sociedad capitalista “la libertad de expresión -de hecho- no puede ejercitarse por los ciudadanos, ya que les está vedado el acceso a los medios privados de comunicación, cuyos dueños pueden alegar limitaciones de tiempo y espacio para no poner el medio a la disposición indiscriminada de quien quiera expresarse”. Esta irrelevante aseveración, más sofisma que argumentación, ya ha sido respondida con diferentes consideraciones, algunas de las cuales pueden derivarse del análisis del Dr. Brewer-Carías en su ensayo incluido en este libro. Además, apunta la Sala: “aquellos medios que utilicen servicios, bienes o derechos concedidos por el Estado, deben prestar una mayor colaboración hacia la sociedad en beneficio de la libertad de expresión de los ciudadanos”. Parece muy loable la preocupación que lleva a esta recomendación del TSJ. Sin embargo, parecería más positivo y equitativo que los espacios comunicacionales financiados por el Estado (Radio Nacional y Venezolana de Televisión) estuvieran abiertos a los ciudadanos para expresar opinión y no reservados a los gobiernos de turno para hacer proselitismo político. Al fin y al cabo, esos espacios públicos los pagamos todos los ciudadanos, mientras que los espacios privados los financian sus dueños-accionistas.

Yo sé que se ha intentado en muchísimas instancias nacionales e internacionales establecer diferencias en cuanto al derecho a réplica del ciudadano a los que expresan “opinión” y a aquellos que “informan”. Entre otros, el argumento es que responder a una “opinión” abre un debate y “eso” no es el espíritu de la réplica. (Además una opinión jamás podrá calificarse de veraz o no pero, por otra parte, puede ser agravante y eso debe dar derecho a réplica). Corregir o responder a una información inexacta o agravante sí es pertinente como derecho (TSJ *dixit*). En este mismo contexto, el TSJ recuerda que el derecho constitucional de opinar no da derecho a réplica, pero que quien opine “asume plena responsabilidad por todo lo expresado”. Es decir que, a través de otros mecanismos legales (distintos a la réplica), quien se

PRÓLOGO

sienta agraviado puede demandar civil o penalmente a quien mediante su opinión le cause daño. Pero si el agravio lo es por una información “inexacta” y “maliciosa”, entonces el agraviado tiene derecho no sólo a demandar, sino también a la réplica. ¿Por qué si tanto la opinión como la información pueden causar agravio se le concede el derecho a la réplica a una y a la otra no? Más aún, algo que el periodismo moderno ha desdibujado considerablemente son las fronteras entre opinión e información. El periódico, por lo general, da las noticias que ya ha reportado la radio y la televisión el día anterior. De manera que para agregarle novedad y atractivo a lo ya sabido tiene, por lo general, que opinar dentro de lo que informa.

Hay consideraciones curiosas en la Sentencia sobre lo que afecta la libertad de información. Entre otras: “... acuñar frases con lugares comunes... sin exponer cual es la actitud o la idea criticada... o aislando de un contexto un sector y comentario”. Esto me parece más propio de un “Manual de Estilo” de un medio de comunicación, el cual puede someterse a escrutinio diario en las salas de redacción de los medios para resolver sobre lo que se pretende informar a fin de decidir “en sitio” sobre lo correcto o no de un comentario o información a la luz de las normas. Pero, nunca como una “verdad” procesal... dice además, el TSJ que “también es un atentado a la información veraz e imparcial tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores”. ¿Cuántas tendencias ideológicas habrá que identificar para establecer si hay o no mayoría de alguna?. ¿Quién decide cuáles y cuántas son? Si lo que se protege es el derecho a estar informado y las *opiniones* son “libres”, y *diferentes* de la *información*, ¿por qué se critica la existencia de un número mayoritario de columnistas que son sólo “opinadores” y no periodistas de la información diaria? La diferencia entre opinar e informar que el mismo TSJ pretende establecer se desdibuja, de nuevo, cuando a continuación del párrafo citado el TSJ dice: “tales actitudes permiten a quien se sienta minimizado en su derecho a estar *informado* correctamente, incoar las acciones tendientes a que se le informe debidamente...”. ¿En qué quedamos?. Los columnistas que opinan, ¿también informan?. Si es así –entonces- no es tan sencillo diferenciar entre opinión e información para los efectos del derecho a réplica como sugiere el TSJ. Más aún, el TSJ parece considerar que, en la práctica, medios como “Gramma” en Cuba, y el difunto “Correo del Presidente” en Venezuela, que transitan un solo callejón ideológico, no atentan contra la información veraz. Pero una pluralidad ideológica de los columnistas, como existe en nuestros grandes diarios, expone a éstos a ser demandados por quien “se sienta minimizado en su derecho a estar informado”. Siendo caritativo con lo que parece una conclusión a la medida de las necesidades del periodismo oficial, uno podría interpretar la intención del TSJ, como un esfuerzo para que un medio comunicacional al

servicio de una ideología política se defina como tal y -en ese caso- no tendría por qué informarle a los lectores de otras opciones de ideologías políticas distintas. Pero sería deshonestidad informativa pretender ser objetivo y no alineado, si los columnistas que expresan opinión representan de manera mayoritaria una ideología específica. Yo podría aceptar la conclusión de que no se pudiera obligar a un medio coherentemente identificado con una ideología o causa a que contrate a columnistas de opiniones distintas. Pero jamás podría aceptar que un medio pluralista tenga que establecer “legalmente” un equilibrio imposible de las ideas de sus columnistas. ¿Cómo se hace eso? ¿Se cuentan aritméticamente los columnistas de una u otra ideología o se hace un promedio ponderado del peso relativo que cada quien tiene sobre la opinión pública?.

-La Sentencia se apoya en el Artículo 14 del Pacto de San José, en el cual se establece que “toda persona tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la Ley”. A continuación, después de varias consideraciones, el TSJ concluye que: “El derecho a réplica y a la rectificación no lo tienen ni los medios, ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantienen en ellos columnas o programas...”. Dicho esto, de lo general se pasa a lo particular y se decide que Santana “carece de derecho a réplica o rectificación alguna, ya que lo que crea conveniente contestar al Presidente puede hacerlo, tanto en su columna como en el diario donde la tiene que -además- es un periódico de circulación nacional, o en el programa radial”. Este argumento me parece traído de los pelos, sobre todo cuando se contrasta con el Artículo 14 ya citado del Pacto de San José. Si en ese Pacto se establece inequívocamente que “toda persona tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación...” ¿Por qué el TSJ diseña malabarismos argumentales imprecisos e indefendibles para salirse de una obligación taxativa que no admite ni interpretación diferente a lo que dice, ni excepción por causas que no considera?.

LAS DUDAS

-La Sentencia del TSJ me deja la duda sobre si una revisión exhaustiva, desde el punto de vista jurídico, doctrinario y de equidad sobre el derecho de réplica, concluiría, como concluyó el Tribunal, que el agraviado tiene derecho a responder en el mismo medio, pero no en el mismo programa (radio o TV) o en la misma página (periódico o revista). Yo creo que quien ejerce el derecho de réplica debe poder exigir que su respuesta pueda llegarle al mismo público al cual le llegó el agravio. En la mayoría de las situaciones que podrían presentarse, una réplica en el mismo medio de difusión, podría satisfacer el requerimiento de llegarle al mismo público. Pero en el caso que nos ocupa, el agravante era nada menos que el Presidente de la República, en un espacio determinado, a una hora fija en un programa iden-

PRÓLOGO

tificado como *Aló Presidente*, retransmitido simultáneamente por dos estaciones de TV y una serie de radio-emisoras. La transmisión de su mensaje tiene por fuerza que llegarle a un público mucho más numeroso que aquel al cual podría acceder Santana de utilizar la misma emisora pero en un espacio radial diferente. Desde el punto de vista de la equidad, en este caso, el *medio* tiene que ser el *programa*.

-Sobre si el TSJ se extralimitó o no en sus consideraciones (*Ultrapetita*), o si como alegan algunos, la solicitud de Santana le abrió la puerta para la multiplicidad de temas que analizó, refiero al lector a las opiniones de los juristas expresadas en este libro.

-Tengo otra duda que realmente me preocupa. Existe el derecho de opinar e informar y existe el derecho a la réplica. Ante la posible necesidad de reglamentar ambos derechos, me da la impresión que el TSJ fue amplio en el ejercicio ciudadano del derecho de opinar/informar y restrictivo en el derecho de réplica. Si el derecho de réplica se ampliara sin restricción alguna, ¿eso, en la práctica, no limitaría el derecho de opinar y de informar al exponer a quien opina e informa a dar derechos constantes de réplica, lo cual puede inhibirlo de expresar opinión o dar información? ¿Podieran tener razón quienes alegan que el TSJ en su afán de defender el derecho de opinión del Presidente en su programa radial *Aló Presidente* defendió, de paso y por carambola, la posibilidad de que todos los “opinadores” públicos ejerzan ese derecho sin demasiadas angustias?

La obvia conclusión es que, para resolver las dudas, hacía falta un amplio análisis jurídico como el contenido en este libro.

Existen también otros elementos, algunos de naturaleza estrictamente jurídica, que no comentaré pero que el lector interesado encontrará en los textos de este libro tales como:

-La Sentencia violó el derecho a la defensa al no convocar a Audiencia Constitucional para oír a las partes.

-La Sentencia parece estimular el uso de métodos indirectos de censura.

-La Sentencia contiene elementos populistas, propios del discurso de este gobierno, como la estigmatización que hace de la motivación del lucro.

-Al TSJ se le olvidó un principio inviolable: “La Corte no legisla”.

Estas notas informales de quien no es abogado, tienen como objetivo simplificar e identificar los peligros a los cuales está expuesta la libertad de expresión en Venezuela, magnificados por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia N° 1.013) la cual, con rigidez formal y profesional, comentan los autores a los cuales, atrevidamente, he servido de prologuista.

ALBERTO QUIROS CORRADI

Cuando se hace de manera responsable, la simplificación de lo complejo puede ser un auxiliar invaluable para la comprensión colectiva. Lo que la simplificación no puede ni debe pretender es interpretar, con lógica elemental, las trampas interpretativas y las agendas personales que se esconden en las profundidades de lo complejo.

Quede pues esta informal introducción como un “aperitivo” y un estímulo para que el lector interesado no se pierda ni una página ni un argumento de los que ponen a su disposición los muy profesionales autores de este libro.

Julio 2001

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL
PENSAMIENTO Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y SU
VIOLACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

Allan R. Brewer-Carías
Vicepresidente de la Academia Internacional
de Derecho Comparado
Profesor Emérito de la
Universidad Central de Venezuela

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, dictó la Sentencia N° 1.013 de fecha 12-06-01, en la cual declaró *improcedente in limine litis*, es decir, al iniciarse el proceso, sin seguir el procedimiento legal ni oír a las partes, la acción de amparo intentada por el periodista Elías Santana, quien actuaba en nombre propio, y en representación de la Asociación Civil *Queremos Elegir*, contra el Presidente de la República y la Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, por la negativa de ambos de permitirle el ejercicio del derecho de réplica respecto de planteamientos hechos por el Presidente de la República en un programa denominado *Aló Presidente* que se trasmite semanalmente en dicha Radio.

Con esta decisión, la Sala Constitucional, muy diligentemente, relevó al Presidente de la República de la carga que tenía de acudir, como presunto agravante, a la audiencia pública y oral propia del procedimiento de la acción de amparo, para que se defendiera de la imputación de violación de un derecho constitucional que le hizo el accionante. Lo mismo resolvió la Sala respecto de la Presidenta del Instituto Autónomo.

Con esta decisión, la Sala Constitucional, violó su propia “doctrina vinculante” establecida en la sentencia N° 7 del 01-02-00 (*Caso José A. Mejía y otros*), conforme a la cual, en esa etapa del proceso de amparo, que es su inicio, siguiendo a la presentación de la acción, “los Tribunales o la Sala

Constitucional que conozcan de la solicitud de amparo, *admitirán o no el amparo*". En la decisión, por tanto, la Sala tenía la alternativa de admitir la acción y necesariamente dar inicio al procedimiento, convocando a la audiencia pública y oral, o declarar inadmisibile el amparo lo que sólo podía hacer por las causales expresamente establecidas en la ley.

La Sala Constitucional no hizo expresamente ni la una ni la otra cosa; lo que hizo fue, supuestamente, dar por "admitida" la acción para, en el mismo acto, al iniciarse el proceso (*in limine litis*), declararla improcedente. En esta forma, ilegítimamente, no sólo relevó al Presidente de la comparecencia a la audiencia pública y oral, si es que quería defenderse, lo que era la consecuencia de admitir el amparo; sino que sentó una peligrosa jurisprudencia (¿vinculante?) conforme a la cual los jueces de amparo podrían decidir las acciones de amparo, *in limine litis*, sin seguir el procedimiento, al momento de decidir sobre la admisión de las mismas, sea declarándolas procedentes (con lugar) o improcedentes (sin lugar). Ello no sólo desnaturaliza la acción de amparo sino que viola el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 26 de la Constitución y, por ende, el derecho al debido proceso y a la defensa (art. 49, Constitución).

Pero al recurrir al subterfugio de admitir la acción de amparo para, en el mismo acto declararla sin lugar (*improcedente in limine litis*), la Sala lo que pretendió hacer, sin que ninguna de las partes se lo hubiese pedido, fue sentar criterios sobre el tema de la libertad de expresión que no fueron objeto de contención procesal alguna y, así, servir con más claridad al Poder.

Se trataba de una acción de amparo intentada por una persona natural en su propia condición y como representante de una asociación civil; y como es sabido, la acción de amparo es de carácter personalísimo, de manera que la pretensión y su decisión sólo pueden referirse al accionante, salvo si se intentare en protección de derechos constitucionales colectivos o difusos, lo cual no era el caso. El accionante, en este caso, reclamaba el ejercicio de su derecho a réplica ante el Presidente de la República en su carácter de conductor de un programa de radio, en la Radio oficial, y le fue negado; pero como ello aparentemente no era suficiente para satisfacer al Poder, la Sala se dedicó a "interpretar" como quiso, y sin que nadie se lo hubiese pedido, los artículos 57 y 58 de la Constitución y a declarar que la doctrina expuesta en la decisión sería "doctrina vinculante" respecto de la referida interpretación.

Sin embargo, no hay duda de que no puede considerarse como "vinculante" cada palabra, frase o párrafo de una decisión que dedica 16 páginas tamaño oficio (pp. 5 de 22 a 21 de 22) a las "consideraciones para decidir" y que comienzan con la frase:

"A continuación pasa la Sala a decidir, lo que será doctrina vinculante en la interpretación de los artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental" (p. 5 de 22).

En estas notas queremos analizar cuál es el “contenido” y “alcance” de la tal “doctrina vinculante”, para lo cual dividiremos estos comentarios en tres partes: en *primer* lugar, haremos un breve comentario sobre la labor interpretativa de los jueces constitucionales y los abusos en los que incurrió la Sala Constitucional; en *segundo* lugar, estudiaremos los diversos derechos constitucionales relativos a la libertad de expresión y a la información; y, en *tercer* lugar, analizaremos con todo detalle el contenido de la sentencia de la Sala Constitucional a la luz, precisamente, de lo que dicen los artículos 57 y 58 de la Constitución, en conjunción con lo que regulan los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tienen rango constitucional conforme lo establece el artículo 23 de la Constitución.

Para la mejor comprensión de la materia, dichas normas establecen lo siguiente:

Constitución de 1999

“Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”.

“Artículo 58. La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Artículo 13. *Libertad de Pensamiento y de Expresión*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

“Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

“Artículo 20.

1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

I. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL VINCULANTE, LA “DOCTRINA VINCULANTE” Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como todos los Tribunales de la República, está en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución (art. 334 C); y en particular, de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (art. 335 C). Tiene, además, como todas las Salas del Tribunal Supremo la característica de ser el máximo y último interprete de la Constitución y la misión de velar por la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución (art. 335 C).

No obstante, en cuanto a las interpretaciones que la Sala Constitucional establezca sobre el *contenido o alcance de las normas y principios* constitucionales, la Constitución considera que las mismas son vinculantes (las interpretaciones) para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y para los demás tribunales de la República (art. 335 C).

La interpretación jurídica de una norma no es otra cosa que la operación intelectual del juez que tiene por objeto indagar sobre el significado, sentido, alcance, fin o valor de la misma. La interpretación, por tanto, no es más que un instrumento que el ordenamiento jurídico da a los jueces para aplicar la norma general y abstracta que está contenida en la Constitución, en las leyes y en otros actos estatales normativos.

La Constitución la dicta el Poder Constituyente, y la ley la sanciona el Parlamento. En una sociedad democrática, el Poder Constituyente radica en el pueblo, el cual como lo precisa el artículo 347 de la Constitución “es el depositario del poder constituyente originario”; y la ley nacional sólo puede ser sancionada por la Asamblea Nacional, como lo indica el artículo 187,1 de la Constitución, integrada por diputados elegidos (art. 186 C) como representantes del pueblo, en el cual reside intransferiblemente la soberanía (art. 5 C).

En consecuencia, conforme a la Constitución, no puede haber norma constitucional alguna que no haya sido adoptada por el Poder Constituyente, ni ley nacional alguna que no haya sido sancionada por la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador (art. 202 C).

La Sala Constitucional, por tanto, puede y debe interpretar la Constitución para determinar el sentido y alcance de las normas y principios cons-

titucionales; pero en esa labor no puede sustituirse en el pueblo, es decir, no puede crear nuevas normas constitucionales no previstas en el Texto o que no resulten de la integración de sus normas, ni puede modificarlas, estableciendo, por ejemplo, excepciones no previstas en ellas; así como tampoco puede dictar normas legales o modificar o reformar las que estén contenidas en las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional.

El juez constitucional nunca puede ser legislador; puede anular las leyes con efectos *erga omnes*, eliminándolas del ordenamiento jurídico, con efecto similar a la derogación, como si fuera un “legislador negativo” (H. Kelsen); pero nunca puede ser un “legislador positivo”, que dicta normas. De hacerlo, no sólo incurriría en usurpación de autoridad, por la usurpación de las funciones legislativas que corresponden a la Asamblea Nacional, lo que haría de la sentencia un acto nulo e ineficaz (art. 138 C), sino que violaría el principio democrático, que impone que la “ley” sólo puede ser emanación de los órganos del Estado integrados por representantes del pueblo, elegidos mediante votación popular.

En cuanto a la interpretación constitucional, es ella la que tiene carácter vinculante cuando la realiza la Sala Constitucional; pero ello no significa que todo el cuerpo motivo de una sentencia pueda llegar a tener ese carácter vinculante. La “doctrina” expuesta por la Sala en una sentencia, es eso, doctrina, que sirve de motivación para decidir. Esa doctrina nunca puede tener carácter vinculante, aún cuando sea un valioso instrumento auxiliar para la aplicación de la ley.

Lo que puede ser vinculante de una sentencia, por tanto, sólo puede ser la parte resolutive de la misma, en la cual la Sala Constitucional fije la interpretación de una norma, y ello debe señalarlo expresamente. La interpretación de la norma establecida, entonces, en la parte resolutive de una sentencia, pasa a ser fuente del derecho del mismo rango que el que tiene la norma que se interpreta: si es una norma constitucional, la interpretación adquiere rango constitucional, y si es una ley la que se interpreta, adquiere rango legal. Por ello, la Sala Constitucional no puede, *ad libitum*, estar modificando sus interpretaciones.

En todo caso, al determinar la interpretación de una norma, la Sala no puede crear nuevas normas o reformar o derogar las que están expresamente en la ley.

Lo único que puede hacer en relación con las normas que considere inconstitucionales es anularlas y ello sólo cuando la Sala conoce de una acción de nulidad, pero nunca cuando decide una acción de amparo, o revisa una sentencia de amparo, o decide un recurso de interpretación abstracto. En los casos en los cuales conozca de un recurso de colisión de leyes, lo que podría resolver la Sala es declarar cual ley debe prevalecer en relación con otra, en virtud del poder derogatorio de las leyes.

Ahora bien, en el caso de la Sentencia N° 1.013, la Sala Constitucional se apartó de su misión constitucional, comentó lo que a su juicio derivaba de las normas constitucionales, estableció excepciones no previstas en la Constitución, pretendió regular, normativamente, el ejercicio de los derechos a la libre expresión del pensamiento y a la información, violando la reserva legal; y todo ello, pretendiendo otorgar a la “doctrina” sentada carácter vinculante. Por ello, antes de analizar detalladamente el contenido de la sentencia, debemos precisar los derechos constitucionales que derivan de los artículos 57 y 58 de la Constitución, en conjunción con las normas internacionales antes indicadas.

II. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO Y A LA INFORMACIÓN

Los artículos 57 y 58 de la Constitución constituyen una unidad conceptual a los efectos de la regulación de los diversos derechos que consagran. El hecho de que el contenido de los mismos se haya dividido en dos artículos constitucionales, con números diferentes y consecutivos, no tiene significación alguna. Pudo haber estado todo el contenido de ambos artículos en uno sólo o pudo haberse dividido en más de dos artículos, sin que ello pudiera tener efectos sobre la conceptualización de los derechos constitucionales que derivan de las normas.

Lo importante es tener en cuenta que las dos normas regulan un conjunto de derechos relacionados entre sí, imbricados, y derivados de la clásica libertad de expresión del pensamiento. Estos derechos también son objeto de regulación en la Convención Americana y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en dos artículos en cada uno de dichos textos, configurados en forma diferente, pero conformando, en todo caso, una unidad de regulación.

En efecto, en estos artículos, se consagran y garantizan al menos cinco derechos constitucionales de todas las persona: *primero*, el *derecho a la libre expresión* del pensamiento; *segundo*, y como una modalidad del anterior, el *derecho a comunicar o a informar* que también corresponde a las personas y, en particular, a las que pueden tener acceso a los medios de comunicación; *tercero*, el *derecho a establecer y desarrollar medios para la comunicación e información*; *cuarto*, el *derecho a recibir información oportuna, veraz e imparcial*, y *quinto*, el *derecho a la réplica (o respuesta) y a rectificación* frente a informaciones inexactas o agraviantes, que tienen las personas que se vean afectadas directamente por las mismas.

El texto de los artículos 57 y 58 de la Constitución que consagra estos cinco derechos, se complementa, por otra parte, con el de los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el de los artículos 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los

cuales tienen rango constitucional conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Constitución de 1999 e, incluso, son de aplicación preferente respecto de la propia Constitución y las leyes, si contienen normas sobre el goce y ejercicio de tales derechos más favorables a las establecidas en el ámbito nacional.

Con este conjunto de normas, puede entonces construirse el marco constitucional de los derechos relativos a la expresión del pensamiento y a la información, en los siguientes cinco derechos constitucionales.

1. *El derecho a la libre expresión del pensamiento*

El primero de los derechos constitucionales es el derecho a la libre expresión del pensamiento que consagra el artículo 57, el cual se regula conjuntamente con el segundo de los derechos constitucionales, que es el derecho a informar o comunicar.

Se trata de un derecho consagrado con criterio universalizador pues, en *primer* lugar, corresponde a “toda persona”, es decir, toda persona natural o moral, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, de derecho público o de derecho privado, estatal o no estatal. Por tanto, el sujeto activo del derecho es toda persona, sin discriminación alguna, y puede serlo tanto un comunicador social (periodista) como quien no lo es.

En *segundo* lugar, el derecho se configura como una libertad de expresión del pensamiento, es decir, se trata de un derecho de las personas a expresarse libremente, sin limitaciones ni restricciones, salvo las generales relativas a la libertad, es decir, las limitaciones que derivan del derecho de los demás y del orden público y social (art. 20 C).

En particular, en cuanto al ejercicio de esta libertad, la propia norma constitucional y las convenciones internacionales, prohíben el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios, los que promuevan la intolerancia religiosa, y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupos de personas, por cualquier motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

En *tercer* lugar, el derecho de toda persona a expresarse libremente en relación con sus pensamientos, sus ideas y sus opiniones. La persona puede, entonces, expresar libremente lo que piensa, puede expresar libremente sus ideas y puede expresar libremente sus opiniones sobre cualquier materia. Este no es un derecho que se reduce a la libertad de opinar, sino también de expresar o informar lo que se oye, se siente, se huele, se ve o se lee.

En *cuarto* lugar, la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones puede realizarse por cualquier medio, sea de viva voz, mediante el

habla; sea por escrito, mediante expresión gráfica o artística; sea, en general, mediante cualquier otra forma de expresión, por señales de cualquier tipo, signos o muecas de la libre elección de quien ejerce el derecho. Este derecho a expresarse libremente lo tienen no sólo las personas en general, sino también quienes informan, es decir, aquellos que han hecho de la búsqueda de información, de su expresión y de su comunicación su profesión u oficio, es decir, los comunicadores o periodistas.

El ejercicio de este derecho, sin embargo, depende de los medios mismos y del acceso que estos den a las personas, de acuerdo al tiempo, el espacio y el propio interés del medio. No puede una persona obligar a un medio a comunicar su pensamiento, pero a la vez el medio no puede discriminar a una persona (vetarlo) para expresar y comunicar su pensamiento.

En *quinto* lugar, la libertad de expresión no puede estar sometida a censura previa de tipo alguno, por parte de nadie, ni del Estado ni de los privados. En particular, la norma constitucional prohíbe la posibilidad de censura a los funcionarios públicos para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades. En consecuencia, ni siquiera puede haber instrucciones derivadas de la jerarquía administrativa que restrinjan la libertad de expresión de los funcionarios sobre los asuntos que están bajo su responsabilidad.

En *sexto* lugar, el ejercicio de esta libertad de expresión y el derecho a informar o comunicar, como de toda libertad, por supuesto, acarrea responsabilidad personal por los daños y perjuicios que se pueda causar. Por ello, señala el mismo artículo 57 de la Constitución, que quien haga uso de este derecho a la libre expresión del pensamiento, asume plena responsabilidad por todo lo expresado. Además, por ello, el artículo 58 de la Constitución precisa que la comunicación, que es libre, comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley.

Esto lo precisa la Convención Americana al señalar que las responsabilidades ulteriores que pueden derivarse del derecho a la libertad de expresión del pensamiento, en todo caso, deben estar expresamente fijadas por la ley y además, acumulativamente, ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

2. *El derecho a informar o comunicar*

El derecho a la libre expresión del pensamiento conlleva el derecho a informar o comunicar, es decir, el derecho a la libre expresión del pensamiento a través de medios de comunicación o de información. Este es el segundo de los derechos derivados de la libertad de expresión del pensamiento estrechamente vinculado al primero.

Este derecho a informar o comunicar goza del mismo carácter universal del primero; corresponde a toda persona, sin discriminación, siempre

que pueda tener acceso a un medio de comunicación y está sujeto sólo a las limitaciones generales del respeto del derecho a los demás y del orden público o social (art. 20 de la Constitución). Con especial particularidad, se refieren al ejercicio de este derecho las mencionadas prohibiciones del anonimato, de propaganda de guerra, de mensajes discriminatorios, o que promuevan la intolerancia religiosa, de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia o cualquier otra acción ilegal contra personas o grupo de personas por cualquier motivo que sea.

El derecho a informar o comunicar, en particular, está precisado en la Convención Americana al referirse a la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Este derecho corresponde, igualmente, a todos, por lo que no sólo lo tienen quienes ejercen la profesión de informar, como los periodistas o comunicadores, sino todas las personas, sin discriminación. Por ello, la Constitución (art. 58) precisa que la comunicación es libre, es decir, es una libertad de todas las personas. Precisamente por ello, se ha considerado como contraria a la Convención Americana la reserva que las leyes hacen a favor de los periodistas en cuanto al ejercicio del derecho a informar o cuando imponen la colegiación obligatoria de los periodistas para ejercer el derecho a informar o comunicar a través de los medios de comunicación. (Véase la *Opinión Consultiva OC-5/85-* de 13-11-85 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos sobre la incompatibilidad con la Convención Americana de la Ley de Colegiación obligatoria de periodistas de Costa Rica).

El derecho a la libre expresión del pensamiento conlleva el derecho de informar o comunicar, es decir, el derecho de expresión mediante medios de comunicación. El derecho o la libertad de comunicación, por tanto, es una modalidad del derecho a la libre expresión del pensamiento, e implica el derecho no sólo de crear y establecer medios de comunicación, sino el derecho de las personas a utilizar dichos medios de comunicación para comunicarse con los demás, incluso cuando se hace de la comunicación una profesión u oficio, como la que ejercen los periodistas.

Ese derecho a la comunicación, como lo dice el artículo 58, es libre y plural, es decir, constituye una libertad individual y debe ejercerse sin exclusivismos o exclusionismos, es decir, asegurando la pluralidad propia de una sociedad democrática.

Este derecho a informar o a comunicar, por supuesto, tampoco puede estar sometido a censura previa de tipo alguno, por parte de nadie, ni del Estado ni de los particulares.

Por otra parte, dispone la Convención Americana que el derecho de expresión no se puede restringir por medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

El ejercicio del derecho a informar o a comunicar también está sujeto a responsabilidades ulteriores, las cuales como lo establece la Convención Americana, deben ser expresamente fijadas por la ley y además ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos a la reputación de los demás y para asegurar la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. *El derecho a establecer medios de comunicación*

El tercero de los derechos que consagran los artículos 57 y 58 de la Constitución, derivados de los derechos ciudadanos a la libre expresión del pensamiento y a la comunicación e información, es el derecho de toda persona a establecer medios de comunicación; es decir, los instrumentos necesarios para que el pensamiento pueda expresarse en forma masiva, como podría ser, por ejemplo, un diario, una revista, una estación de radio o una estación de televisión.

Este derecho al igual que el anterior, no puede ser restringido en forma alguna si se trata de medios escritos de comunicación, como se ha dicho, por medios indirectos, tales como el abuso de controles del papel para periódicos.

En cuanto a los medios radioeléctricos o visuales, los mismos exigen para su creación y desarrollo, del uso de las ondas radioeléctricas que son del dominio público y que requieren de una concesión del Estado para su uso. La Convención Americana prohíbe que se restrinja el derecho por medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de las frecuencias radioeléctricas o de los enseres o aparatos usado en la difusión de informaciones, como podrían ser los controles de importación o aduaneros de los aparatos para las estaciones de radio o televisión.

Los medios de comunicación son, en todo caso, el vehículo indispensables para la comunicación e información del pensamiento de las personas, por lo que deben asegurar la pluralidad propia de una sociedad democrática, garantizando el acceso a los mismos a todas las personas sin discriminaciones.

4. *El derecho a la información*

El cuarto derecho que consagra la Constitución en su artículo 58, es el derecho de toda persona a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución.

En efecto, como contrapartida al derecho de todos a la libre expresión del pensamiento, y al derecho a la comunicación y a informar, también existe un derecho de todos a ser informados, de manera oportuna, veraz e imparcial.

Esto implica, en primer lugar, como se ha dicho, que existe un derecho a informar o a comunicar libremente, el cual conlleva este derecho constitucional a la información, es decir, el derecho de todas las personas a ser informadas, sin que pueda haber censura respecto de las informaciones, de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución, entre ellos, el principio de la igualdad y no discriminación. En particular, se precisa que los niños y los adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

Ahora bien, la información a la que tienen derecho todas las personas debe ser conforme a la Constitución "oportuna, veraz e imparcial" (Nuestro voto salvado sobre estos calificativos se puede consultar en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, Caracas, 1999, pp.154 y ss).

En todo caso, en primer lugar, la información debe ser oportuna. La oportunidad tiene una connotación temporal relativa al hecho del cual se informa, y su apreciación es difícil que llegue a ser totalmente objetiva. Tanto quien informa como quien recibe la información tienen sus respectivos parámetros del sentido de la oportunidad, los cuales pueden no coincidir.

Por ello, en definitiva es el informador, el que establece cuándo el suministro de una información es o no oportuno. Es decir, quien suministra la información y quien la difunde o comunica es el que juzga sobre la oportunidad de hacerlo.

Ello debe quedar a criterios de lógica, racionalidad y razonabilidad, y no puede ser arbitrario; pero la apreciación de la oportunidad, no puede quedar en las solas manos de quien recibe la información, pues cada una de las personas que recibe una información, de un hecho, por ejemplo, al leer un periódico, oír un programa de radio o ver la televisión, puede tener su propia evaluación de lo que es o no oportuno, según el mayor o menor conocimiento que tenga del hecho o asunto. Alguien que no conoce una invención por ejemplo, puede juzgar oportuna la información sobre la misma que se pueda suministrar en la actualidad. Por tanto, la medida de la oportunidad está tanto en quien suministra la información como en quien la recibe, y si bien la misma no puede ser arbitraria, pues queda sometida a los límites de la racionalidad, razonabilidad o logicidad; no es posible concebir que

exista una sola autoridad la llamada a decir cuándo es o no oportuna la información.

El derecho a la información implica no sólo que la información sea oportuna, sino veraz, es decir, que responda a criterios de veracidad o certeza. De nuevo se está en presencia de un elemento que tampoco es ni puede ser de valor absoluto y enteramente objetivo. No existe la verdad objetiva; la verdad es siempre subjetiva y cada persona tiene su verdad.

Sin embargo, los hechos, en general no admiten apreciación en cuanto a su acaecimiento. Acaecen, por lo que cuando la información sólo se refiere a hechos, su misma expresión, es en sí misma, verdad. Llovió, alguien murió, hubo un choque de trenes. La expresión del hecho es, en sí misma, la verdad, si el hecho es cierto, es decir, acaeció.

Sin embargo, al pasar a la apreciación del hecho, su interpretación, la explicación de lo que lo motivó, sus circunstancias y las consecuencias de su realización, la posibilidad de veracidad objetiva desaparece. Cada persona tiene su forma y manera de apreciar los hechos; y es libre de hacerlo, así como de interpretarlos, por lo que la expresión de ello es siempre subjetiva y depende de la voluntad del comunicador.

Nadie puede, por tanto, establecer una verdad objetiva respecto de hechos o acaecimientos, que puedan satisfacer a todos los que tienen derecho a la información. Cualquiera persona puede informar, en la actualidad, sobre una invención. La información puede ser veraz para el informador, si ignora que hay una invención previa, o constata que el nuevo "inventor" ignoraba que ya había sido inventado. La discusión legal puede ser si tal invención tiene o no carácter de novedad a los efectos de patentarla, pero no puede haber discusión sobre la veracidad de la información por el hecho de que muchos hubieran sabido de una invención precedente.

La veracidad, por tanto, nunca es objetiva, sino que siendo subjetiva, corresponde primeramente su apreciación a quien informa. Por supuesto, esta libertad de apreciación está sometida a los mismos límites de racionalidad, razonabilidad y logicidad, pero lo definitivo es que nadie puede establecer una verdad objetiva ni, por supuesto, una verdad única u "oficial".

Además, el derecho a la información implica que todos tienen derecho a que la información sea imparcial, es decir, que no se efectúe en favor o para beneficiar a alguien en perjuicio de otro. La imparcialidad tampoco puede ser determinada objetivamente, es decir, nadie puede establecer con carácter general cuándo una información es o no parcial o imparcial. La apreciación sobre esto es también, esencialmente subjetiva. Cada quien, al recibir una información y según el conocimiento de los hechos, tendrá su apreciación sobre la parcialidad o no de la información, y siempre será diferente de una a otra persona. Por tanto, la imparcialidad, de nuevo, tiene que ser apreciada por el comunicador, quien también tiene como límites de su

apreciación, los principios de racionalidad, razonabilidad o logicidad. Sin embargo, nadie puede establecer, con carácter general, los criterios de parcialidad o imparcialidad de las informaciones.

5. *El derecho a la réplica y a la rectificación*

El quinto derecho que regula la Constitución, conforme al artículo 58, es el derecho de "toda persona" a la réplica (respuesta) y a la rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes.

Ante todo, debe señalarse que este derecho que también tienen todas las personas, tiene las mismas características de universalidad que el derecho a la libre expresión del pensamiento. Corresponde a toda persona, natural o moral, nacional o extranjera, domiciliada o no domiciliada en el país, de derecho privado o derecho público estatal o no estatal, sin discriminación alguna y sea cual sea su profesión u oficio. La Constitución no establece excepción alguna, por lo que toda persona tiene este derecho a réplica y rectificación.

El derecho, por otra parte, se consagra respecto de informaciones inexactas o agraviantes que afecten directamente a las personas; es decir, se trata de un derecho constitucional ante informaciones de cualquier naturaleza, expresadas en medios de comunicación escritos, auditivos o visuales, por cualquier persona, que afecten directamente a una persona por ser inexactas o porque la agravien. Como lo precisa la Convención Americana, este derecho de rectificación y respuesta lo tiene toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general.

El derecho es de todos, por tanto, siempre que la información, sea quien sea que la dé y la forma como se dé, afecte directamente a la persona porque sea inexacta o porque la agravié. El informante puede ser un periodista que informa sobre un hecho o acontecimiento y da una noticia o puede ser cualquier persona que exprese su opinión en un medio dirigido al público en general, porque escriba un artículo o cualquier otro escrito, o tenga, lleve o conduzca cualquier programa de opinión o de noticias en un medio de comunicación.

Por tanto, el que da la información que origina el derecho a la réplica y rectificación puede ser o no ser un periodista o profesional de la comunicación; y quien se ve afectado por la información personalmente, porque es inexacta o lo agravia, puede ser o no ser un periodista o un director de un medio de comunicación. La Constitución no distingue. Lo único que exige es que para que alguien tenga derecho a la réplica y a la rectificación, debe estar afectado directamente (no indirectamente) por una información que tiene que ser inexacta o tiene que haber agraviado a la persona. El titular de

este derecho, por tanto, para ejercerlo, tiene que probar que ha sido afectado directamente por la información, es decir, que la misma lo toca directamente en sus derechos, sus intereses o su situación jurídica y que, además, lo afecta directamente porque la información es inexacta o lo agravia. Ello implica que el interesado tiene que explicar cuál es la exactitud de los hechos informados para poner en evidencia la inexactitud de la información; o alternativamente, tiene que explicar cómo la información lo agravia, es decir, cómo lo afecta u ofende en sus derechos personales, particularmente, en lo que concierne al derecho al honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación (Art. 60).

Este derecho, por otra parte, consiste en un derecho a respuesta o réplica; es decir, la persona afectada directamente por la información tiene derecho a responderla, se entiende, en la misma forma y por el mismo medio en el cual salió la información lesiva; o como lo dice la Convención Americana, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. Por ello, además, la persona afectada tiene derecho a que quien suministró la información inexacta o agravante, rectifique la misma, en la misma forma y en el mismo medio en el cual se dio la información.

El sujeto pasivo de este derecho a réplica y rectificación, por supuesto, tiene que ser la persona que expresó o comunicó la información, y esa persona puede ser el periodista que suscribe la información en la prensa o que la suministra en los medios audiovisuales, o la persona que edita una publicación o un programa de radio o televisión, si la información suministrada no tiene autoría específica, o la persona que tiene una columna periodística regular o un programa de radio o televisión regular, y que, por tanto, tienen los medios para poder rectificar y dar cabida a la respuesta que origine la información suministrada.

Para la efectiva protección de la honra y la reputación, agrega la Convención Americana, toda la publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión debe tener una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero personal.

Por último, debe destacarse, que en ningún caso el ejercicio del derecho a la rectificación o la respuesta eximen de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

6. *El principio de la alteridad en los derechos relativos a la libre expresión del pensamiento y a la información*

Todos los cinco derechos constitucionales que consagran los artículos 57 y 58 de la Constitución y los mencionados artículos de la Convención Americana y del Pacto Internacional, están configurados conforme al principio de la alteridad, de manera que no se trata de meras declaraciones de

principios, sino que se trata de auténticos derechos constitucionales en los cuales se puede distinguir un titular de los mismos (sujeto activo) y un obligado (sujeto pasivo), ya que todo derecho implica la relación derecho-obligación. De manera que en los cinco derechos, se puede identificar un sujeto activo y un sujeto pasivo.

En cuanto al derecho a la libre expresión del pensamiento, tratándose básicamente de una libertad, el derecho consiste en la potestad de toda persona de expresar su pensamiento, sus ideas y sus opiniones como se ha dicho, por cualquier medio y en cualquier forma sin que pueda haber censura.

Este derecho de toda persona conlleva una obligación, también de toda persona estatal o no estatal, de no hacer, de abstención, es decir, de no impedir u obstruir la libre expresión del pensamiento. Esta obligación corresponde a toda persona y, particularmente, al Estado, cuyos órganos no pueden ejercer el Poder, para imponer censura ni para impedir el ejercicio de la libertad mediante otros medios indirectos como los señalados en la Convención Americana.

La alteridad en este caso, es la de libertad-abstención.

La misma relación de alteridad se da respecto de la libertad de información y de comunicación. Toda persona tiene derecho a buscar información y a difundirla, libremente, derecho que no sólo tienen los periodistas. Esta libertad de información implica la obligación de todos de no impedir u obstaculizar el ejercicio de tal libertad, es decir, un deber de abstención que corresponde a toda persona y, en particular, también al Estado cuyos órganos no pueden ejercer el Poder para restringir o limitar el ejercicio de la libertad de información o comunicación.

La misma alteridad se encuentra respecto del derecho de crear y establecer medios de comunicación, que corresponde a toda persona; estando obligada también, toda persona y, en particular, el Estado, a abstenerse de establecer restricciones al ejercicio del derecho, en particular por vías o medios indirectos, encaminadas a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

El cuarto de los derechos regulados en la Constitución es el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial. Los sujetos activos de este derecho son todas las personas, y los sujetos pasivos, son todas aquellas personas que informan y que se dedican en cualquier forma a informar y a comunicar. Por tanto, los medios de comunicación y los periodistas, que se dedican a informar y comunicar, están obligados a asegurar que la información que difundan sea oportuna, veraz e imparcial. En otras palabras, el sujeto pasivo en este derecho no puede suministrar información inoportuna, falsa o parcial. Ya hemos señalado, sin embargo, la dificultad que existe de considerar estos elementos objetivamente.

El quinto derecho relativo a la libre expresión del pensamiento y a la información, es el derecho a réplica (respuesta) y a rectificación. Este derecho tiene un sujeto activo, que es toda persona que haya sido directamente afectada por una información inexacta o agravante; y el sujeto pasivo, es todo aquél que haya suministrado tal información, y que no puede ser otro que un medio de comunicación, un comunicador determinado o toda persona que disponga de un espacio regular en medios de comunicación. La obligación de estos consiste en dar cabida a la respuesta o réplica en el mismo medio y de efectuar la rectificación de la información inexacta o agravante también en el mismo medio.

III. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO Y A LA INFORMACIÓN SEGÚN LA “DOCTRINA VINCULANTE” DE LA SALA CONSTITUCIONAL

1. *La falsa dicotomía de derechos constitucionales de la cual partió la Sala Constitucional para su interpretación*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la citada Sentencia N° 1.013 de 12-06-01, ha pretendido interpretar los artículos 57 y 58 de la Constitución sentando una “doctrina vinculante”, para lo cual partió del falso supuesto de que la Constitución “separa” en forma absoluta en esas normas, dos derechos: primero, el derecho a la libre expresión del pensamiento; y segundo, el derecho a la información “en beneficio de los ciudadanos”, “el cual involucra el derecho a la réplica y rectificación” que tienen aquellos afectados por informaciones inexactas o agravantes (p. 5 de 22).

Con esta premisa, equivocada, la Sala sentó, a la vez, una doctrina equivocada. En efecto, en primer lugar, la Constitución no consagra sólo dos derechos, como lo señala la sentencia, sino como hemos señalado, al menos cinco derechos: el derecho a la libre expresión del pensamiento; el derecho a comunicar e informar; el derecho a establecer medios de comunicación; el derecho a la información; y el derecho a réplica (respuesta) y rectificación.

En segundo lugar, es falso que el derecho a réplica y respuesta sólo esté vinculado, o relacionado con “el derecho a la información” o con “la información comunicacional” como lo dice la Sala (p. 5 de 22). El derecho a réplica y rectificación corresponde a toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes, e “informaciones” son toda forma de comunicación al público, en general, a través de medios de comunicación, de expresiones del pensamiento de una persona, en cualquier forma que sea. No es cierto, por tanto, que el derecho a réplica y rectificación sea sólo “un derecho de los ciudadanos ante los medios de comunicación en general”, si bien es por la información de ideas, opiniones o hechos que sean inexactos o agra-

viantes en los medios que, en general, surge el derecho. Sin embargo, el derecho podría surgir, también, ante cualquier otra forma de comunicación de ideas o pensamiento que se realice en forma regular, en público, y que afecte a una persona. Por ejemplo, el profesor en su clase universitaria, al expresar su pensamiento, ideas u opiniones puede dar una información u opinión inexacta o agravante respecto de otra persona. Esta tendría derecho a respuesta y rectificación en las clases del profesor involucrado, en el mismo curso.

Por ello, el derecho a rectificación y respuesta es un derecho que surge como contrapartida, en general al derecho a la libre expresión del pensamiento, cuando éste se exprese en medios o actividades realizados en forma regular y al público.

2. *El derecho a la libre expresión del pensamiento, el acceso a los medios de comunicación y el olvido del tratamiento de los medios de comunicación oficiales (del Estado)*

Hemos señalado que además del derecho a la libre expresión del pensamiento está el derecho a la comunicación, divulgación o información del pensamiento mediante medios de comunicación. Este derecho a comunicar o informar, sin embargo, como lo ha señalado la Sala, implica “la posibilidad de acudir a los medios de comunicación para expresarse”; pero ello “no es un derecho irrestricto que tiene todo ciudadano para transmitir su pensamiento, ya que cada medio tiene limitaciones de tiempo y espacio”, correspondiendo al “director” del mismo escoger cuáles ideas, pensamientos u opiniones son comunicables masivamente. Por ello, dijo la Sala que si bien la libertad de expresión del pensamiento “es irrestricta”, sufre una “restricción” de hecho, cuando se pretende utilizar para divulgarla en los medios de comunicación masiva. (p. 6 de 22).

En realidad no se puede hablar de “restricción” a la libertad de expresión del pensamiento por el hecho de que no exista “libertad” de acceso a los medios de comunicación. La Sala, confundió el derecho a la libre expresión del pensamiento con el derecho a informar o comunicar en los medios de comunicación, para cuyo ejercicio debe tenerse acceso a los mismos.

En todo caso, de lo afirmado por la Sala surge una distinción entre los dos primeros derechos que hemos mencionado, entre “la libertad de expresión que es en principio irrestricta” y la “libertad de comunicación de esa expresión” que no origina un derecho de utilizar “coercitivamente la forma de comunicación y difusión que la persona crea más conveniente”. La Sala incluso dijo que el derecho al “uso de cualquier medio de comunicación o difusión” a que se refiere el artículo 57, es un “derecho relativo” que depende del real acceso que se tenga a los medios (p. 6 de 22).

Esto, por supuesto, no es lo que dice el artículo 57 en el cual la referencia al derecho “de hacer uso” para expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones, “de cualquier medio de comunicación y difusión”, es para indicar la amplitud del derecho, el cual no puede ser objeto de limitación por vía legal que establezca, por ejemplo, que determinadas personas no pueden hacer uso de determinados medios de comunicación.

En todo caso, lo que evidentemente deriva del derecho a comunicar o a informar como lo dice la Sala, es que “los medios no pueden vetar a nadie para expresarse en ellos, pero tal actividad depende del tiempo, oportunidad, espacio, etc., que puedan brindarle a las personas para emitir sus pensamientos”.

La sentencia agrega respecto de los medios de comunicación que aquellos “que utilizan servicios, bienes o derechos concedidos por el Estado, deben prestar una mayor colaboración hacia la sociedad, en beneficio de la libertad de expresión de los ciudadanos” (p. 6 de 22). Apunta esta afirmación a la radio o la televisión que requieren de concesiones o permisos de uso del dominio público radioeléctrico.

Esto no deriva de las normas constitucionales, ni puede imponerse a quien realiza legítimamente una actividad vinculada a los medios de comunicación, la obligación de prestar colaboración “a la sociedad” por el hecho de requerir una concesión del Estado (uso del aspecto radioeléctrico, por ejemplo) para la realización de la misma. Esta carga no está prevista en norma alguna y sólo en la imaginación del Ponente de la sentencia.

En todo caso, se olvidó la Sala, sin embargo, dedicarle un párrafo más terminante a los medios de comunicación *del Estado*, es decir, los periódicos que publica el gobierno, la Radio Nacional o la Televisora Nacional, los cuales, con mayor énfasis, son los que deben abrirse a todos los ciudadanos, sin exclusivismos o exclusionismos, aún cuando sean oposición al gobierno. Téngase en cuenta que la acción de amparo que originó la sentencia se había intentado contra el Presidente de la República y contra la Presidenta de la Radio Nacional, por lo que la ocasión era propicia para imponerle a esta última la obligación de no excluir ni discriminar a la oposición en el acceso a la misma.

3. *La interpretación “regresiva” de la libertad de expresión del pensamiento, la responsabilidad ulterior y el fantasma del “vilipendio” a funcionarios*

La Sala Constitucional, por otra parte, dedica una serie de consideraciones a destacar la plena responsabilidad que corresponde al emisor del pensamiento por todo lo expresado, la cual puede ser una responsabilidad civil, penal, disciplinaria o de otra índole legal, conforme al daño que cause a los demás, la libertad de expresión utilizada ilegalmente. De allí deriva la

apreciación de la Sala de que “la libertad de expresión, aunque no está sujeta a censura previa, tiene que respetar los derechos de las demás personas” (p. 7 de 22).

Esta responsabilidad para el emisor de la información, señala la Sala, en muchos casos está compartida:

“Con el vehículo de difusión, sobre todo cuando éste se presta a un terrorismo comunicacional que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones, máxime cuando lo difundido no contiene sino denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas y conceptos” (p. 7 de 22).

La Sala construyó, así, una responsabilidad solidaria entre comunicador y medio de comunicación que no tiene asidero jurídico alguno ¿cuándo, en efecto, puede decirse que hay “terrorismo comunicacional que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones”? Esto sólo ha ocurrido en la historia cuando los medios de comunicación están controlados por el Estado y quienes controlan el Poder los acaparan para aplastar la disidencia. ¿Y no es esto lo que ha ocurrido, en los tiempos presentes, en los programas de radio del Presidente de la República, con sus ruedas de prensa “en cadena nacional”, y con el control político de los medios de comunicación del Estado; instrumentos mediante los cuales el propio Presidente de la República se ha encargado de expresar “denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas y conceptos “respecto de todo lo que sea disidencia con su gobierno y su política?

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad penal para enjuiciar delitos derivados del ejercicio de la libertad de expresión, la Sala precisó que es el juez quien debe ponderar el *animus injuriandi* para determinar si la actitud de alguien que expone sus pensamientos, “realmente persigue dañar o es parte de la crítica que se ejerce sobre ciertas situaciones, que por lo regular, involucra políticas públicas y sus protagonistas” (p. 7 de 22).

Ante esto, también cabe preguntarse ¿cómo el juez va a considerar probado que hubo *animus injuriamendi*, que lo informado, así esté errado, se hizo con ánimo de injuriar, de causar daño? ¿Cómo se puede llegar a afirmar, objetivamente, algo que en definitiva es totalmente subjetivo?

En particular, debe señalarse que la Sala al hacer referencia a las responsabilidades penales derivadas del ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento, destacó los casos de “vilipendio a funcionarios públicos (artículos 223 y 226 del Código Penal)”, olvidándose de que dicho tipo delictivo (conocido en otros países, como “leyes de desacato”) ha sido considerado como incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe sobre la compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Doc 9, 88º Período de sesiones, Informe

Anual, Washington, 17-02-95, Capítulo V). En este caso, en lugar de aplicar el principio de la progresividad que impone el artículo 19 de la Constitución en materia de derechos humanos, la Sala Constitucional, violando dicha norma, hizo su “interpretación” conforme al principio contrario, el de la “regresividad” o restrictivo de la libertad.

La Comisión Interamericana, en efecto, ha sentado la doctrina siguiente en el punto IV del *Informe* indicado:

“Las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos porque reprimen la libertad de expresión necesaria para el debido funcionamiento de una sociedad democrática”.

Y al final del *Informe*, en su último párrafo, afirma la Comisión en forma más general, que

“Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida”.

Es verdaderamente asombroso, por lo demás, que en su tarea de interpretar el contenido de los artículos 57 y 58 de la Constitución, la Sala constitucional haya ignorado, también, tan olímpicamente, la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos plasmada en esta materia en otros Informes específicos, como el *Informe N° 22/94, Caso 11.012 (Verbitsky)* referido, precisamente al tema de las leyes que establecen el delito que nuestro Código Penal denomina como “vilipendio a funcionarios públicos”, considerado como incompatible con la Convención Americana. En su lugar, como analizaremos más adelante, la Sala recurrió a jurisprudencia europea (Alemania, España), siendo que, como es bien sabido, la Convención Americana es más generosa en su garantía de la libertad de expresión y menos restrictiva de ese derecho que las disposiciones pertinentes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

En todo caso, del análisis de la Sala Constitucional a las Convenciones internacionales que regulan la materia, se destaca que la libertad de expresión genera responsabilidades, que en todo caso “deben ser expresamente fijadas por la ley y que deben asegurar” el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; la protección de la seguridad nacional, del orden público, o la salud o la moral pública; y la protección moral de la infancia y la adolescencia.

Lo que le faltó precisar a la Sala Constitucional fue lo que indicó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que dichas restricciones, además, “tienen que ser compatibles con la preservación y el

desarrollo de sociedades democráticas” conforme a lo que estipulan los artículos 29 y 30 de la Convención Americana, que como se ha dicho, tienen rango constitucional en Venezuela. Dichas normas, en efecto, establecen lo siguiente:

“Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Como se verá, con su interpretación “regresiva” la Sala Constitucional violó abiertamente estas normas.

4. *La libertad de expresión del pensamiento y la extraña exclusión del derecho a réplica o rectificación*

En la sentencia, la Sala Constitucional, de golpe, sin motivación alguna, llegó a una conclusión que es a todas luces insostenible constitucionalmente, al considerar el derecho a la libre expresión del pensamiento en forma aislada, y no en su globalidad, como parte de un conjunto de derechos que son, además, el derecho a comunicar o informar, el derecho a establecer medios de comunicación, el derecho a la información y el derecho de réplica o rectificación. La Sala, en efecto, afirmó lo siguiente:

“En relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está previsto en ninguna de las normas comentadas (art. 19, PIDCP; art. 13 CADH), el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella, y los daños que cause o los delitos que cometa por lo expresado (en público o en privado) darán lugar a las acciones penales, civiles o de otra naturaleza a que haya lugar” (p. 9 de 22).

De esto resulta, por tanto, la inconstitucional dicotomía que intentó montar la Sala: de que el ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento sólo originaría responsabilidades ulteriores, pero no originaría el derecho a rectificación o réplica por parte de una persona agraviada por la expresión del pensamiento o lesionada directamente por la información inexacta, sino que, en consecuencia, el derecho a réplica y rectificación sólo se podría exigir ante la libertad de información o comunicación.

Esto no tiene asidero constitucional alguno, pues el hecho de que el conjunto de derechos constitucionales vinculados a la libertad de expresión esté regulado en dos artículos separados (tanto en la Constitución como en la Convención Americana), no puede conducir a considerarlos como compartimientos estancos. El ejercicio del derecho a la libre expresión del pensamiento, el derecho a informar y a comunicar, el derecho a establecer medios de comunicación, como el ejercicio de cualquier derecho, genera responsabilidades, y además, respecto de todos ellos, la persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes tiene derecho a réplica o a rectificación cuando las mismas consten en un medio de comunicación o se produzcan en formas de difusión regular del pensamiento (las clases en un curso universitario, por ejemplo).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al contrario de lo afirmado por la Sala Constitucional, al referirse a los artículos 13 y 14 de la Convención Americana en la *Opinión Consultiva OC-7/86 de 29-08-86* (Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta) ha señalado:

- “25. La ubicación del derecho de rectificación o respuesta (art. 14) inmediatamente después de la libertad de pensamiento y expresión (art. 13), confirma esta interpretación. La necesaria relación entre el contenido de estos artículos se desprende de la naturaleza de los derechos que reconocen, ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1 (*La colegiación obligatoria de periodistas, supra* 18). Recuérdese que la Resolución (74) 26 del Comité de Ministros del Consejo de Europa fundamentó el derecho de respuesta en el artículo 10 de la Convención Europea, sobre la libertad de expresión”.

La Sala Constitucional, contrariando esta doctrina, llega a una conclusión contraria, pero inmotivada, en el sentido de que supuestamente “en relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está prevista en ninguna de las normas comentadas, el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella” (p. 9 de 22) ... !!!.

Pues resulta que es todo lo contrario: el derecho de respuesta y rectificación es consustancial al derecho a la libertad de expresión, del cual deriva, independientemente de las responsabilidades ulteriores, que siempre existen.

5. *El derecho a la libre expresión del pensamiento y la burla a la prohibición constitucional de censura*

La Sala Constitucional, en su sentencia, argumentó sobre la prohibición de censura respecto del derecho a la libre expresión del pensamiento (art. 57), considerando que, sin embargo, no ocurriría censura en los casos en los cuales se impida la difusión de ideas y conceptos que se emitirían en violación del artículo 57, es decir, en los casos en que se pretenda expresar el pensamiento en forma anónima, que constituya propaganda de guerra, que contenga mensajes discriminatorios o que promueva la intolerancia religiosa (p. 9 de 22). Esto no es otra cosa que “legitimar” la censura previa, lo cual es totalmente inconstitucional.

En efecto, la prohibición de la censura previa en la Constitución y en la Convención Americana es de carácter absoluto, de manera que no es posible que se prevea excepción alguna a la prohibición. Así lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe N° 11/96, Caso 11.230 Chile (Martorell) (N° 56)*.

La sentencia de la Sala Constitucional, por tanto, puede considerarse violatoria de la Constitución y de la Convención Americana al admitir que “antes de su publicación” (p. 9 de 22) puede “impedirse” la difusión de ideas y conceptos en forma anónima, que constituyan propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa.

Está afirmación es peligrosísima y peor cuando está contenida en una “doctrina vinculante”. ¿Quién, en efecto, se va a erigir en el definidor de que una difusión de ideas o conceptos va a caer, *a priori*, en una de las prohibiciones constitucionales?. Esa es la más clásica de las censuras: aquellas instrumentadas por el Poder para, con la excusa de que se trata de controlar la propaganda de guerra, o los mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa, pueda impedirse con antelación, la difusión de ideas o conceptos que, en definitiva, lo que constituyen son manifestaciones contrarias al régimen político imperante.

Al final de su absurda consideración, sin embargo, la Sala Constitucional señaló que:

“Ante informaciones de esta naturaleza en los medios de comunicación, el amparo constitucional es la vía para que dichas disposiciones se cumplan y se restablezca la situación jurídica lesionada o amenazada por estas trasgresiones” (p. 10 de 22).

En esta forma, en una forma todavía más absolutamente inconstitucional, la Sala Constitucional pretende convertir al amparo constitucional en un instrumento de censura, lo cual sería gravísimo sobre todo si se trata de amparos decididos *in limine litis*, como el resuelto en la sentencia que comentamos.

No obstante, la Sala Constitucional fue más allá en su absurda argumentación al considerar que mediante *ley* pueden regularse “mecanismos tendientes a impedir que sean difundidos anónimos, propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa, y que ello no constituiría censura” (p. 10 de 22).

Para impedir la publicación de tales conceptos o ideas, la ley tendría que establecer mecanismos de “revisión” previa de los textos, lo que no es otra cosa que censura previa. La Sala Constitucional, al hacer esta afirmación ha violado abiertamente la Constitución que establece una prohibición absoluta de la censura.

La Sala Constitucional, además señaló que “la ley puede prohibir la circulación de expresiones del pensamiento que atenten contra otros derechos constitucionales como son, por ejemplo, los relativos al interés superior del niño”, (p. 10 de 22), prohibición que, sin embargo, la Sala consideró es distinta a la censura y cuya trasgresión originaria responsabilidades.

La Ley puede, en efecto, en cumplimiento de la Constitución (art. 78), dictar una legislación en protección del niño que prohíba determinadas expresiones contrarias a la niñez en los medios de comunicación; pero lo que no puede es permitir la instalación de “censores” en los medios, para revisar con carácter previo el material a ser publicado o divulgado, y poder impedir la difusión de lo que el “censor” considere que violaría las prohibiciones legales.

Además, en su sentencia, la Sala, consideró que la acción de amparo constitucional sería la vía para impedir la censura previa tanto oficial como privada, calificando a esta última como “boicot” (p. 10 de 22). El amparo constitucional es también la vía para ordenar de nuevo una publicación, cuando se mutilen expresiones del pensamiento antes de publicarse, o se las tergiverse haciéndolas perder sentido (p. 10 de 22).

Ahora bien, la censura previa, como se dijo, esta prohibida en términos absolutos. Por ello, no es posible ni siquiera admitir la figura del “juez censor” que establece la Sala. Al abrir la vía para la censura judicial previa, la Sala Constitucional viola la Constitución.

Sobre el tema de la censura, se destaca, además, la siguiente declaración de la Sala en el sentido de que:

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

“No constituyen formas indirectas de censura, las tasas impositivas que se imponga -en igualdad de condiciones- a las empresas editoriales, ni las normas sobre concesiones de bienes del dominio público (espacio radioeléctrico), ni las disposiciones legales que permitan medidas preventivas sobre programas comunicacionales, obras contentivas de expresiones del pensamiento, etc. (tal como las previstas)” (p. 10 de 22).

Por supuesto, al contrario, estos mecanismos indirectos sí pueden ser instrumentos de censura, al lesionar la independencia de los medios de comunicación. Por ello, el principio N° 13 de la *Declaración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, aprobada por la OEA, sobre libertad de expresión señala que:

“La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública, la concesión de prebendas arancelarias, la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”.

Agrega, además, la Declaración que “los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente”, por lo que “presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión”.

La afirmación general, de la Sala Constitucional, en todo caso, formulada fuera de contexto con el objeto del proceso que originó la sentencia, como tantas otras afirmaciones que se formulan en la decisión, sin duda es peligrosa. Todos esos procedimientos pueden traducirse en formas de censura, precisamente, indirectas, cuando se abusa de ellas.

6. *El derecho a la información, el derecho de autor y las noticias*

La Sala Constitucional, además, entró a considerar el derecho a la información el cual consideró “íntimamente ligado al de la libertad de expresión”, definiéndolo como “un derecho de las personas que se adelanta, entre otras formas de adquirirlo, por los medios de comunicación”.

La Sala estimó que este derecho no está únicamente referido

“A la transmisión de expresiones del pensamiento como conceptos, ideas u opiniones, sino a la propagación de noticias del acontecer diario en el mundo, en el país o en una región del mismo; a la entrevista periodística, al reportaje, a la ilustración fotográfica o visual” (art. 3 Ley de Ejercicio del Periodismo) (pp. 10 de 22 y 11 de 22).

La amplitud del concepto es indudable, por lo que el derecho a la información a que se refiere el artículo 58 constitucional, comprende tanto a la expresión del pensamiento como a la difusión de noticias en cualquier forma.

Pero esta amplitud fue luego reducida por la propia Sala Constitucional: primero dijo que la norma trata “preferentemente” la noticia periodística y luego, señaló que la norma

“No se refiere a las obras sujetas a los derechos de autor en sentido lato (libros, cuadros, etc.) que se corresponden con el ejercicio de la libertad de expresión, sino a la información de noticias” (11 de 22).

Ante todo debe señalarse que no hay un derecho de autor en “sentido lato” y otro que no lo sea (¿sentido estricto?). El derecho de autor se refiere a cualquier creación del intelecto de una persona, lo que incluye desde una fotografía hasta la interpretación de un hecho cualquiera, por lo que no tiene sentido la diferencia que pretendió hacer la Sala. Sobre toda creación existe derecho de autor, y como expresión del pensamiento está sujeto a la Constitución y protegido por la misma (art. 98).

Ahora, que el derecho ciudadano a la información se ejercite con más frecuencia en relación con la difusión de noticias, no implica que no exista respeto de otras formas de expresión del pensamiento. Los ciudadanos tiene así derecho, por ejemplo, que en las bibliotecas públicas estén las obras de todos los autores posibles, por lo que se violaría el derecho a la información, si las bibliotecas públicas sólo contienen libros de ciertos autores, por ejemplo, afectos al gobierno o al régimen. Igual sucede con los museos de obras de arte: los ciudadanos tienen derecho a la información sobre la plástica, por lo que un museo público, por ejemplo, debe tender a tener pinturas representativas de la mayor cantidad de corrientes artísticas representativas del universo de las tendencias en un país; y no sólo pinturas de los artistas amigos o favorecidos por el régimen.

Ahora, en cuanto a la noticia, la Sala Constitucional la define como:

“El suceso (actual o pasado, o sus proyecciones futuras) transmitido a la colectividad por los medios de comunicación social (lo que hasta podría realizarse mediante pantallas públicas de información, por ejemplo), que también incluye a los anuncios que la ley ordena se difundan y a la publicidad en general, la cual no es *per se* una información de noticias, pero sí sobre la existencia y cualidades de bienes y servicios de toda clase al alcance del público, las cuales no deben ser engañosas a tenor del artículo 117 constitucional” (p. 11 de 22).

Mezcla así, la Sala Constitucional en su concepto de “noticia” incluso la “publicidad comercial” sobre la existencia y cualidades de bienes y servicios, convirtiendo la competencia desleal en el mundo mercantil o de la libre competencia en una materia constitucional.

Luego, vienen apreciaciones de la Sala sobre el manejo masivo de la noticia, respecto de lo cual no se entiende en qué puede consistir la “doctrina vinculante” de lo que se dice en el párrafo; así:

“El manejo masivo de la noticia, que permite a la persona ejercer el derecho a la información oportuna, puede efectuarse por instituciones públicas o privadas, siendo por lo regular estas últimas empresas mercantiles, con fines de lucro, que realizan actos de comercio a tenor del artículo 2º del Código de Comercio, las cuales escogen a dedo, conforme a sus conveniencias, a sus periodistas y colaboradores, y que presentan, junto con las noticias y la publicidad, artículos de opinión, emanados o no de periodistas, entre los que se encuentran los editoriales de la prensa de todo tipo, siendo –por lo tanto– las empresas o instituciones de comunicación masiva, un medio para difundir noticias (informaciones) y opiniones, muchas de las cuales se insertan más en los cánones publicitarios que en el ejercicio de la libertad de expresión **strictu sensu**, ya que lo que buscan es vender bienes o servicios de manera interesada, más que expresar ideas, conceptos o pensamientos con fines no comerciales. Muchas veces estas opiniones que difunden los medios se basan en sucesos (hechos) a los cuales se remiten, y no es raro que tales opiniones (incluso adversas) estén destinadas a dar publicidad a un personaje, y sean parte de una trama para ese fin”. (p. 11 de 22).

La referencia a la escogencia, “a dedo”, conforme a sus conveniencias, de los colaboradores de los medios de comunicación contenida en este párrafo (p. 11 de 22), en realidad, lo que recuerda es la designación de los propios Magistrados de la Sala Constitucional que dictaron la sentencia, ocurrida el 22-12-99, al margen de toda norma constitucional por la Asamblea Nacional Constituyente, y la designación o “ratificación” de algunos de dichos Magistrados, con fundamento tanto en una ley que se apartó de la Constitución de 2000 y en una sentencia de los mismos Magistrados de la Sala Constitucional, en la cual decidieron que la Constitución no se les aplicaba a ellos mismos. Nada impide en ejercicio de la libertad económica (art. 112 C) y de la libre competencia (art. 299 C) que los medios de comunicación escojan, como quieran a sus colabores.

Por otra parte, la sugerencia de que los medios de comunicación privados persiguen fines de lucro, lo que es natural y normal, aparece en la sentencia como un estigma; al igual que se estigmatiza el hecho de que un medio de comunicación escoja libremente sus colaboradores, periodistas o columnistas, “a dedo”. Eso es libertad de contratación y nada más, pues los medios no tienen por qué hacer concurso alguno para seleccionar a su personal, ni existe una ley que defina el perfil o requisitos de los periodistas o columnistas que se puede contratar. Ello sí debería existir en los medios de comunicación del Estado, pero allí sólo laboran las personas afectas al régimen; y sobre esto nada dijo la sentencia. En los medios oficiales de comunicación, en efecto, si deberían existir mecanismos para la selección de funcionarios públicos, al contrario de lo que sucedió con los propios Magistrados

del Tribunal Supremo de Justicia, como los que dictaron la sentencia, los cuales sin embargo sí fueron escogidos “a dedo” por el Poder.

7. *La libertad de información, la confusión entre las noticias y la publicidad: el derecho y las responsabilidades*

En otra parte de la sentencia, la Sala Constitucional destacó “la información” como derivado de la libertad de expresión, pero con especificidad y autonomía, pues -dijo- “la información se comunica” a través de medios de comunicación, afirmando que

“La información clandestina no pasa de ser el chisme, el rumor o la intriga a nivel personal, y no masivo” (p. 11 de 22).

Para reafirmar “esta autonomía de la libertad de información, con respecto a la libertad de expresión” la Sala remitió a lo decidido por el Tribunal Constitucional español en el *Caso Vinader (105/83)*.

La Sala Constitucional, dándole un tratamiento único a la información, sea “la noticia o la publicidad”, efectuada por medios de comunicación, que debe ser conforme al artículo 58 de la Constitución, oportuna, veraz, imparcial, sin censura y ceñida a los principios constitucionales, precisó que:

“La violación de esos mandatos que rigen las noticias y la publicidad, hace nacer derechos de toda persona para obrar en su propio nombre si la noticia no se amoldó a dichos principios”. (p. 12 de 22).

La Sala precisó, además, que “la comunicación (pública) comporta tanto en el comunicador como en el director o editor del medio, las responsabilidades que indique la ley”, lo que “tiene que ser así” por el secreto de las fuentes de información periodística (art. 28 de la Constitución). En consecuencia, dijo la Sala,

“Los dislates periodísticos que atentan contra el derecho de los demás y contra el artículo 58 constitucional, generan responsabilidades legales de los editores o de quienes los publican” (p. 12 de 22).

Queda por determinar, en todo caso, cuándo se está en presencia de un “dislate”, es decir, de un “disparate”, que es lo mismo que algo “atroz” o “contrario a la razón” de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*; y quién debe o puede determinarlo.

La Sala, por otra parte, precisó cómo los medios de comunicación pueden asegurar el derecho a la información, en la siguiente forma: emitiendo información veraz, oportuna e imparcial; y evitando la difusión de la noticia falsa, o manipulada con medias verdades; la desinformación que niega la oportunidad de conocer la realidad de la noticia; o la conjetura o

información parcializada para lograr un fin específico contra algo o alguien (p. 12 de 22).

Consideró la Sala, además, en la sentencia como:

“Un abuso de los medios, que contraría la libertad de información, emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas, pensamientos, juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable. De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado”. (p. 13 de 22).

Contra estas actitudes, la Sala consideró que procedía intentar acciones para lograr que se informe debidamente, lo que, estimó, sin explicación alguna, que no se correspondía con el derecho de réplica ni de rectificación, sino a una acción de amparo (p. 13 de 22).

En todo caso, quedaría por resolver cómo se intentaría esta acción de amparo. Si alguien dijera, respecto de la sentencia de la Sala Constitucional, que es “funesta”, un “exabrupto”, sin señalar en qué consiste lo criticable de la sentencia; entonces, en qué consistiría la acción de amparo. ¿Se intentaría contra la persona que emitió esos conceptos negativos o críticos contra la sentencia, para “obligarlo” a acudir a los medios de comunicación a razonar sus asertos? ¿Y si simplemente se niega a hacerlo? ¿Incurriría en desacato y podría ser objeto de una medida de privación de la libertad? El sólo pensar en la consecuencia de lo que afirma la sentencia, confirma su absurdo contenido. ¿O es que la Sala ha querido de nuevo abrir la vía a la censura judicial, para que por vía de amparo se impida que alguien emita esos conceptos sobre un acto o un hecho?. El sólo pensar en esta posibilidad lleva a rechazar el texto de esta sentencia, por inconstitucional.

En todo caso, con las “lecciones de periodismo”, que contiene este párrafo de la sentencia, sin embargo, la Sala Constitucional, por ejemplo, ignoró cómo ante expresiones de “tribunal genuflexo” y de calificar a un Magistrado del Tribunal Supremo de Argentina como “asqueroso”, resultó el *Informe N° 22/94 Caso 11.012, Argentina (Verbitsky)* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que implicó la derogación del artículo del Código Penal Argentino (art. 244) que regulaba la figura equivalente al vilipendio de funcionarios, y se dejó sin efecto la condena por ello contra el periodista Sr. Horacio Verbitsky.

Para concluir, la Sala dictó otra norma en evidente usurpación de funciones, estableciendo como “doctrina vinculante” lo siguiente:

“Igualmente, el ejercicio de la libertad de expresión y en cierta forma el de la libertad de información a ello unida, admite opiniones y valoraciones críticas de los hechos noticiosos que se comunican, incluso con el empleo de expresiones molestas, hirientes o excesos terminológicos, siempre que los mismos no constituyan insultos o descalificaciones fuera de discurso, desconectadas o innecesarias con el tema objeto de opinión o información; ni de expresiones hirientes, insidiosas o vejatorias sin conexión con el tema objeto de información u opinión, o innecesarias para la formación de la opinión pública, ni cuando se trata de expresiones injuriosas que exteriorizan sentimientos personales ajenos a la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre y responsable. No puede existir un insulto constitucionalmente protegido, y ellos, carecen de cobertura constitucional” (p. 17 de 22).

8. *La información veraz, imparcial y oportuna y la línea de opinión de los medios de comunicación*

De acuerdo con la Constitución, las personas tienen derecho a réplica y rectificación cuando se vean afectadas por informaciones inexactas o agraviantes. Se trata, como lo indicó la Sala Constitucional, de un derecho individual y no colectivo; aún cuando, afirma la Sala, que:

“Será posible incoar acciones para ejercer derechos e intereses difusos, cuando la publicidad atente contra la calidad de la vida, cuando la comunicación deja de ser plural, o cuando no contribuyan a la formación ciudadana (artículo 108 constitucional)” (p. 12 de 22).

De nuevo, estas frases provocan la pregunta, por ejemplo, sobre quién, cómo y cuándo puede juzgarse que una comunicación “no contribuye a la formación ciudadana”. Expresiones tan indeterminadas, lo que abren es el paso a la intervención oficial.

En todo caso, la Sala Constitucional “hizo suya” la doctrina del Tribunal Constitucional español sentada en fallo de 19-04-93, en la cual, sobre la información veraz, estableció que implicaba un deber de diligencia del comunicador en la comprobación razonable de la veracidad, aún cuando su total exactitud fuera controvertible o se incurriera en errores circunstanciales (p. 13 de 22).

Con otras citas de otras sentencias del Tribunal Constitucional español, la Sala continuó la elaboración sobre el deber de diligencia del informador (pp. 15 de 22 y 16 de 22); y luego se refirió a la doctrina de la “malicia real” sentada en el *Caso New York Times vs. Sullivan* mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América de 09-03-64, con ponencia del juez William J. Brennan, conforme a la cual aún manifestaciones de hechos falsos pueden estar amparados constitucionalmente si para su expresión no se comprueba “real malicia”. O como lo dijo la Sala Constitucional, las

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

“Informaciones pueden ser erradas, y conculcarían derechos personales de naturaleza constitucional, cuando se difunden con conocimiento de que eran falsas o con indiferencia temeraria acerca de si la afirmación era falsa o no” (p. 16 de 22).

En otra parte de la sentencia, sin embargo, la Sala sólo apuntó que:

“Hay falta de veracidad, cuando no se corresponden los hechos y circunstancias difundidas, con los elementos esenciales (no totales) de la realidad” (p. 14 de 22).

El problema con la información veraz, en todo caso, sigue siendo el de la determinación de la “verdad”. Esta, en muchos casos, es subjetiva, pues de determinados hechos, cada quien puede tener “su” verdad, la cual no es objetiva. El peligro de la objetivización es que alguien pretenda decir cuál es la verdad “oficial” y ello, en definitiva, significa control de lo que se puede decir.

Consideró además, la Sala que:

“También es una atentado a la información veraz e imparcial tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros, mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores” (p. 13 de 22).

Con esta norma (doctrina vinculante), que estableció la Sala, usurpando la función legislativa que corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional (art. 187,1 de la Constitución), cometió un atentado contra la libertad de información y contra el derecho a establecer medios de comunicación. ¿Qué significa “mayoría”? ¿La mitad más uno o se trata de una “mayoría” específica? ¿Cómo se definen las “tendencias ideológicas”? ¿Es lo mismo una tendencia ideológica que una línea de opinión? ¿Estaba la Sala pensando en la línea de opinión oficialista o de oposición? ¿Son esas tendencias ideológicas?

La sentencia, al menos, tiene la siguiente implicación: si los voceros de un medio de comunicación, donde la mayoría de los columnistas tienen una posición política general, y mantienen e identifican esa posición, entonces no habría atentado alguno a la información veraz e imparcial. ¿Estaría pensando la Sala en la Radio Nacional y en el programa *Aló Presidente* que lleva el Presidente de la República, donde la oposición no tiene cabida alguna?

¿Cómo se puede obligar a un medio de comunicación, a su director y editor, a los columnistas y periodistas del mismo, a declararse como voceros de una corriente ideológica? Parece que esa es la única forma como la Sala Constitucional concibe que un diario que tiene columnistas con una corriente de opinión relativamente uniforme, no viole la libertad de expresión. La verdad es que una confesión de ese tipo, además de violar la libertad de conciencia, sólo podría darse en un diario oficialista, del gobierno.

9. *El conflicto entre el derecho a informar y otros derechos constitucionales*

La Sala Constitucional, en su sentencia, al referirse en un “plano particular” al derecho a réplica y rectificación, constató lo siguiente:

“Está referido a las personas que se ven afectadas por informaciones inexactas o agraviantes o que atentan contra sus derechos humanos, contra su dignidad o contra derechos constitucionales que les corresponden, quienes, hasta ahora, no reciben ningún apoyo de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a los derechos humanos, cuando su dignidad, el desenvolvimiento de la personalidad, el honor, la reputación, la vida privada, la intimidad, la presunción de inocencia y otros valores constitucionales se ven vulnerados por los medios de comunicación social” (p. 14 de 22).

En estos casos, dijo la Sala, las personas agraviadas tienen derecho a réplica y rectificación y, además, derecho a obtener reparación por los perjuicios que se causen (p. 14 de 22).

Sin embargo, más adelante, en la sentencia, la Sala afirmó:

“El derecho a la información, de esencia constitucional, debe ponderarse cuando debe prevalecer sobre otros derechos constitucionales de las personas, pero estos tendrán primacía, cuando la información no es veraz, por falsa, o por falta de investigación básica del medio que la publica o la edita” (p. 16 de 22).

La tesis de la ponderación de los derechos, de manera que priven los derechos a la reputación y honra sobre la libertad de expresión en los casos de que la información no sea veraz, oportuna e imparcial, lamentablemente abre el camino a la discrecionalidad judicial, en la evaluación de la veracidad y al hostigamiento respecto de periodistas. Estos están sujetos a responsabilidades, pero tal responsabilidad ulterior no puede dar pie a la censura judicial previa de informaciones sobre la base de considerarlas falsas, inoportunas o imparciales.

Sin embargo, luego, contradictoriamente, recurriendo a la doctrina de la “malicia real” del citado *Caso New York Times vs. Sullivan*, la Sala Constitucional dijo, como ya se señaló, que las informaciones erradas sólo conculcan los derechos personales de naturaleza constitucional, cuando se difundan con conocimiento de que eran falsas o con indiferencia temeraria acerca de si la afirmación era falsa o no” (p. 16 de 22).

Por último, y citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la Sala señaló que la misma:

“No ha considerado ilegítima la intromisión en los derechos fundamentales de la personalidad, cuando el error era inevitable, o intrascendente, o que no es absolutamente inveraz, o que ha habido pronta corrección o rectificación posterior por el medio.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

Se trata, a título enunciativo, de señalar razones que otorgan la tuición constitucional a informaciones erróneas, sin que se considere por ello, que hay menoscabo a derecho de la personalidad” (p. 16 de 22).

Sin embargo, concluyó la Sala señalando que “la información siempre genera responsabilidad civil, cuando por falsa o inexacta daña a las personas, y el medio no realizó actividad periodística razonable para confirmarla” (p. 17 de 22).

Esta medida de la “razonabilidad”, sin embargo, se aleja de la doctrina de la “real malicia”, antes citada en la misma sentencia.

Pero más adelante, en la sentencia, la Sala volvió sobre este tema del conflicto entre derechos constitucionales, indicado lo siguiente:

“En el conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos de la personalidad, el juez tiene que ponderar los derechos en conflicto, dándole un valor prevalente a los derechos a la libertad de expresión e información en su colisión con los derechos de personalidad, también fundamentales, siempre que aquellos se refieran a hechos o personas con relevancia pública, o estén destinados a la formación y existencia de una opinión pública libre, o no vacíen de contenido a los derechos de la personalidad, o dichas libertades se ejecuten conforme a su naturaleza y función constitucional, o si se trata de información, que ella sea veraz. Corresponderá a la jurisprudencia en cada caso realizar la ponderación y analizar los conceptos de relevancia pública y veracidad de la información” (p. 19 de 22).

10. *La inconstitucional restricción al derecho a réplica y rectificación*

La Constitución y la Convención Americana precisan que las personas tienen derecho a réplica (respuesta) y rectificación en el mismo órgano de difusión cuando se vean afectadas directamente por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de medios de comunicación.

No hay excepción constitucional alguna respecto de este derecho, pero la Sala Constitucional la estableció, en evidente violación del principio de igualdad (art. 21 de la Constitución), al señalar que:

“Tal derecho no lo tienen ni los medios, ni a quienes en ellos se expresan ya que, repite la Sala, el derecho a réplica y rectificación no ha sido concedido sino a quienes reciben la información y no a quien la suministra” (p. 17 de 22).

Y agrega la Sala, más adelante, lo siguiente:

“De acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Ejercicio del Periodismo, son los periodistas los que deben el derecho a réplica o rectificación, pero ellos no lo tienen en el sentido señalado en dicho artículo” (p. 18 de 22).

Más adelante, en la sentencia, la Sala repite su inconstitucional doctrina, así:

“El derecho a la réplica y a la rectificación no lo tienen ni los medios, ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantienen en ellos columnas o programas, ni quienes mediante “remitidos” suscitan una reacción en contra. Se trata de un derecho concedido a quienes se ven afectados por la información de los medios y que carecen de canales públicos para contestar o dar su versión de la noticia” (p. 20 de 22).

De este razonamiento resulta entonces que quienes suministren información, por ese sólo hecho, no tendrían el derecho ciudadano a la información, lo que no tiene sentido alguno. Un informador profesional puede ser destinatario de una información inexacta o agravante emitida por otro comunicador, y frente a ella tiene tanto derecho a réplica y rectificación como cualquier ciudadano que se vea afectado directamente por dicha información. Por ello, la excepción establecida por la Sala Constitucional viola la Constitución.

El hecho de que un periodista tenga acceso a un medio informativo no puede significar que carezca del derecho a réplica y rectificación en el mismo medio en el que se difundió la noticia inexacta o agravante que lo afecta personalmente.

En todo caso, en la misma sentencia, al referirse al caso concreto del amparo intentado por Elías Santana, la Sala Constitucional insistió en su “doctrina vinculante” inconstitucional, señalando:

“Dentro de ese orden de ideas, el ciudadano Elías Santana, quien tiene en el diario *El Nacional* una columna semanal, pretende refutar al Presidente de la República, por la vía de la réplica, en relación con unas opiniones dadas por éste que, sobre la popularidad de ambos ciudadanos (Santana y él), emitió el Presidente en el programa *Aló Presidente*.

Considera la Sala que si Elías Santana o la Asociación Civil Queremos Elegir creen que han sido agraviados por el Presidente de la República, pueden ejercer las acciones que sean procedentes, pero que al ser un periodista con una columna fija en el diario *El Nacional* (El Ombudsman), y un programa radial diario “Santana Total”, en Radio Capital, quien pide el derecho de réplica en su propio nombre y en el de la persona jurídica de la cual es vocero y por quien habla, carece de derecho a réplica o rectificación alguno, ya que lo que crea conveniente contestar al Presidente puede hacerlo, tanto en su columna como en el diario donde la tiene, que además es un periódico de circulación nacional, o en el programa radial, sin que pueda hacerse para estos fines una separación entre su persona y la de la Asociación Civil Queremos Elegir, por quien también actúa, ya que él es el vocero de tal Asociación. Según lo transcrito en el escrito de amparo, reproducido en este fallo, en las declaraciones que los actores atribuyen al Presidente de la República, éste se refirió a su vez a declaraciones del Sr. Elías Santana, expuestas en el diario donde escribe, emitidas a nombre propio y de la Asociación Queremos Elegir, la cual por lo

regular es representada por el Sr. Santana, quien se expresa en su nombre. En casos como éstos, en que en la persona de un columnista o periodista de un medio de comunicación se confunde en él la representación de una persona jurídica, que también constantemente declara en los periódicos por medio del periodista o columnista, situación que conoce la Sala por tratarse de hechos notorios comunicacionales, mal puede existir una dicotomía que otorgue un derecho de réplica o rectificación especial para su representada". (p. 20 y 21 de 22).

Y la razón para sentar esta "doctrina vinculante" absolutamente contraria a la Constitución y a la Convención Americana, es que:

"El medio de difusión siempre puede contestar (replicar) o rectificar la noticia inexacta o agravante que sobre él, sus periodistas o colaboradores hayan sido difundidas en otro medio" (p. 18 de 22).

Lamentablemente, a pesar de haber consultado doctrina jurisprudencial europea (Alemania y España) y norteamericana, la Sala Constitucional se olvidó de consultar la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en la *Opinión Consultiva OC-7/86* del 29-8-1982 (Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta) estableció, contrariamente a lo resuelto por la Sala que:

"Si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos" (Nº 28).

Pero no contenta con sentar una "doctrina vinculante" contraria a la Convención Americana y a la Constitución, la Sala Constitucional pasó a regular el ejercicio de este derecho constitucional, sentando diversas "normas", usurpando las funciones legislativas de la Asamblea Nacional. En efecto, la Sala dictó las siguientes normas:

Primera norma: Que el derecho a réplica o rectificación no es:

"Un derecho dirigido a refutar opiniones o a mantener una diatriba pública, ya que tal cuestión, por estar dirigida a personas indeterminadas, haría infinita la discusión sin que se pudiera medir con exactitud quien convenció al público. Ello no excluye las discusiones públicas, pero éstas no forman parte del derecho de réplica o rectificación". (p. 18 de 22).

Esta "norma" carece de todo asidero constitucional. No es posible establecer una distinción entre "información" y "opinión"; cuando se informa, en general, se opina; y cuando se opina siempre se informa. De manera que no se puede excluir el derecho de réplica y rectificación respecto de las opiniones, pues ello no lo autoriza la Constitución ni la Convención Americana en la cual, incluso, la versión en francés del texto del artículo 14 admite la réplica y rectificación respecto de ideas y opiniones.

Segunda norma: Que

“Estos derechos a la réplica y la rectificación sólo los puede utilizar la persona directamente afectada por la información, así se encuentre contenida en un artículo de opinión o un remitido, y siempre que estos sean inexactos o agraviantes (artículo 58 constitucional)” (p. 18 de 22)

Tercera norma: Que la causa para ejercer el derecho de réplica es la inexactitud de la información o cuando se trate de información agraviante.

1. En cuanto a la *inexactitud* de la información, dijo el Tribunal Supremo:

“Obliga a quien pide la rectificación o la réplica a convencer al medio de tal inexactitud, a justificar los elementos en que basa su solicitud, no bastando para ello la sola afirmación de quien ejerce el derecho, de que la información es falsa o inexacta.

Si a pesar de los argumentos que demuestran la inexactitud o falsedad, el medio se niega a publicar la respuesta o a rectificar, las vías jurisdiccionales entre ellos el amparo, están abiertas para la víctima, donde tendrá la carga de demostrar su afirmación”. (p. 18 y 19 de 22).

2. En cuanto a la información *agravante*, la define la Sala, así:

“La información agravante, es aquella que lesiona la dignidad, el honor, la reputación, la imagen, la vida privada o íntima, de las personas, exponiéndolas al desprecio público, que puede dañarlas moral o económicamente, y que resulta de una imputación que no se corresponde con la realidad, o que no atiende a la situación actual en que se encuentra una persona. Se trata de imputarle o endilgarle hechos o calificativos que no son congruentes con la situación fáctica o jurídica del agraviado.

Ante tal información, nace en la “víctima” el derecho a que se rectifique, o a dar respuesta contraria a lo que se le imputa, y en ambos casos, el amparo constitucional podría ser la acción que concretaría la protección a los derechos que le otorga el artículo 58 comentado, si se niega la réplica o la rectificación”. (p. 19 de 22).

Cuarta norma: Que

“Cuando lo que se imputa es una opinión sin base en hechos que la sustenten, a juicio de esta Sala no hay información que desvirtuar, sino la vía de las acciones ordinarias existentes o que crease la Ley” (p. 19 de 22).

Ya hemos señalado la inconstitucionalidad de esta distinción, por la imposibilidad de establecer esta dicotomía entre “opinión” e “información”.

En todo caso, de esta inconstitucional tesis, la Sala Constitucional plasmó su apreciación final sobre el caso, señalando lo siguiente:

“Además, apunta la Sala, que los hechos que se imputan al Presidente de la República para solicitar el derecho a réplica, no constituyen informaciones inexactas o agraviantes que se endilguen a los actores, sino se trata de opiniones, que se centran en la popularidad que dice tener el Presidente comparada con la de los actores, así como en una actitud amenazante que colige el Presidente de lo expresado por los accionantes, y que mal podrían originar el derecho a réplica o rectificación contenido en el artículo 58 constitucional, y así se declara.

Es más, lo que pretenden los accionantes no es el ejercicio del derecho a réplica, ya que fue a ellos a quienes les contestó el Presidente, sino el de sostener una discusión pública, para lo que no es necesario, para el columnista, acudir al artículo 58 constitucional”. (p. 21 de 22).

En todo caso, la indicación de que el derecho a rectificación y respuesta no nace de la expresión de opiniones, sino de la emisión de informaciones no sólo es inconstitucional, por restrictivo, sino que no es precisa, pues no se puede distinguir objetivamente cuándo se trata de una opinión y cuándo de una información. Como se señaló, muchas veces hay informaciones de hechos en artículos de opinión; y al contrario, hay opiniones en las informaciones periodísticas.

Quinta norma: Que:

“Quien publica un remitido en un medio, si un interesado le contesta en otro medio, no puede pretender (quien publicó el primero) le den gratis un espacio en el segundo medio para contrareplicar, ya que los remitidos no forman parte del periodismo de información al cual se refiere el artículo 58 comentado;” (p. 20 de 22).

Sexta norma: Que

“Tampoco pueden los periodistas, directores y editores de medios de comunicación, pretender que en otro medio se le permita responder lo que en el se haya difundido y consideren los perjudica, ya que estarían utilizando innecesariamente un espacio, cuando muy bien ello, utilizando sus canales de difusión escritos, orales o audiovisuales, pueden hacerlo”. (p. 20 de 22).

Ahora bien, el derecho a rectificación y respuesta tiene que ser efectivo respecto de la información inexacta o agraviante, y ello se logra con la publicación en el mismo medio en el cual apareció ésta. ¿Qué sentido tiene que un periodista agraviado por una información que apareció en un diario del extremo oriental del país pueda hacer su réplica en el diario donde trabaja que se edita en el extremo occidental del país? Por tanto, el solo hecho de ser periodista y trabajar en un diario o tener una columna de opinión en el mismo no es garantía de ejercicio al derecho de respuesta y rectificación.

La sentencia, en todo caso, es un ejemplo de táctica de amedrentamiento a medios de comunicación, editores, directores, periodistas y colum-

nistas. El efecto perverso de la sentencia, en definitiva, es la auto censura para evitar caer en cualesquiera de las situaciones narradas en la sentencia, y que podrían dar lugar a represalias. La auto censura impuesta es antidemocrática, y es la antesala a la censura oficial.

CONCLUSIÓN

De todo lo anteriormente expuesto en torno al derecho a la libre expresión del pensamiento y al derecho a la información, conforme a la interpretación que como “doctrina vinculante” ha hecho la Sala Constitucional en su Sentencia N° 1.013 de 12-06-01, resultan las siguientes conclusiones:

1. La Sala, ante todo, violó el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 26 de la Constitución y violó, además, su propia “interpretación vinculante” adoptada en cuanto al procedimiento de la acción de amparo (Sentencia N° 7 de 01-02-00, *Caso José A. Mejía y otros*), al decidir declarar improcedente la acción de amparo intentada en el mismo momento de admitirla.

Conforme a la “interpretación” vinculante establecida por la Sala en materia de amparo, el tribunal debe ineludiblemente tomar la decisión inicial de admitir o no la acción; y si la admite, debe proseguir con el proceso, no estándole permitido concluirlo *in limine litis* ni para declarar con lugar el amparo, ni para declararlo sin lugar. Incluso, debe recordarse que la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena (sentencia de 21-05-96) había declarado la nulidad por violación al derecho a la defensa, del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo que permitía a los jueces *in limine litis* restablecer la situación jurídica que se alegaba violada.

2. La Sala Constitucional, además usó abusivamente de su competencia para establecer interpretaciones vinculantes sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales que está prevista en el artículo 335 de la Constitución. No guarda relación alguna de lógica o racionalidad, que una interpretación vinculante de dos normas constitucionales tenga un texto de 16 páginas, en las cuales se crean normas, se establecen excepciones, se dan opiniones, se sientan criterios de todo tipo, que no tienen relación alguna con la cuestión a la que se refería el proceso. Interpretar es fijar el sentido, alcance, valor o finalidad de una norma, y ello es lo que puede tener carácter vinculante.

La interpretación de la norma, como una técnica de aplicación del derecho, es la que podría tener carácter vinculante, la cual se configura en la parte dispositiva del fallo, no la “doctrina” que elabore la Sala en la parte motiva de la sentencia.

3. La Sala Constitucional, por otra parte, violó el principio de la separación de poderes que consagra la Constitución (art. 136), conforme al

cual cada uno de los órganos del Poder Público tiene sus atribuciones propias, que debe ejercer conforme a la Constitución y las leyes (art. 137). Corresponde a la Asamblea Nacional “legislar en las materias de la competencia nacional” (art. 187,1) y conforme al artículo 156,32, “la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales” es una de esas materias de competencia del Poder Público Nacional.

En consecuencia, al establecer “normas” reguladoras respecto del ejercicio de los derechos constitucionales garantizados en los artículos 57 y 58 de la Constitución, como las contenidas en la sentencia, la Sala Constitucional (como órgano del Poder Judicial) usurpó las funciones y atribuciones de la Asamblea Nacional (como órgano del Poder Legislativo).

4. Entre las garantías constitucionales de los derechos constitucionales, está el de la reserva legal, es decir, que tales derechos sólo pueden ser regulados por “ley” en el sentido de actos que emanan de la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador (art. 202). Cualquier regulación, limitación o restricción de los derechos constitucionales, dentro de los parámetros autorizados expresamente por la Constitución, sólo puede ser establecida, por tanto, en una ley emanada del órgano de representación democrática, es decir, integrado por los diputados electos para tal fin. Es el principio democrático de la organización y funcionamiento del Poder (art. 6) que impide que los derechos constitucionales puedan ser regulados por cualquier otro órgano que no sea el que ejerce el Poder Legislativo. La sentencia de la Sala, por tanto, además, al regular los derechos constitucionales previstos en los artículos 57 y 58 de la Constitución, violó el principio democrático que es el pilar fundamental del funcionamiento del Estado.

5. La Sala Constitucional, en todo caso, al pretender regular dichos derechos constitucionales, estableció restricciones, limitaciones y excepciones no autorizadas en la Constitución, que ni siquiera el órgano legislativo podía sancionar mediante ley, como la eliminación del derecho a réplica (respuesta) y rectificación a los periodistas, o la permisón de mecanismos de censura que está absolutamente prohibida en la Constitución.

Al establecer tales restricciones o limitaciones, no autorizadas por la Constitución, la Sala Constitucional violó directamente los artículos 57 y 58 de la Constitución, los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que conforme al artículo 23 de la propia Constitución, tienen rango constitucional.

Por otra parte, al establecer excepciones no autorizadas al derecho a réplica y rectificación, excluyendo del mismo a determinadas personas con evidente discriminación, la Sala Constitucional violó, además, el principio de la igualdad ante la ley que garantiza el artículo 21 de la Constitución.

6. Por último, al establecer excepciones y discriminaciones respecto del ejercicio de derechos constitucionales no autorizadas en la Constitución, lejos de respetar el principio de la progresividad en la interpretación de tales derechos, como lo exige el artículo 19 de la Constitución, los interpretó regresivamente, contrariando tal disposición que implica, entre otros aspectos, que en caso de duda la interpretación tiene que ser a favor de la libertad y del derecho y no en contra.

EL GOBIERNO DE LOS JUECES Y LA REGULACIÓN JUDICIAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Héctor Faúndez Ledesma

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la
Universidad Central de Venezuela
L.L.M. (Harvard University), Ph. D. (London)*

*“Una prensa libre puede ser buena o mala;
pero, con toda certeza, sin libertad nunca será
otra cosa que una prensa mala.”*

Albert Camus

INTRODUCCIÓN

Con motivo del proceso iniciado para designar al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República, al Defensor del Pueblo, y a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Elías Santana, en su condición de representante de la Asociación Civil *Queremos Elegir*, recordó que en dicho proceso debía ser oída la opinión de la comunidad (art. 264 de la Constitución de Venezuela), y que se debía convocar un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual debía estar *integrado por diversos sectores de la sociedad* (art. 279 de la Constitución de Venezuela). Teniendo en cuenta el texto de las disposiciones antes citadas, en declaraciones reproducidas en el diario *El Nacional* de fecha 27 de agosto de 2001, Elías Santana manifestó que la sociedad civil estaba dispuesta a desobedecer si era excluida del proceso de designación de las autoridades antes referidas, y que enfrentaría una decisión adoptada en violación de la Constitución.

En sus emisiones del domingo 27 de agosto de 2000 y del 3 de septiembre del mismo año, en el programa *Aló Presidente*, transmitido a través de Radio Nacional de Venezuela y Venezolana de Televisión, ambos de pro-

piedad del Estado, y retransmitido por otros medios de comunicación radial y televisivo, el Presidente de la República se refirió en términos despectivos y agraviantes a Elías Santana y a la Asociación Civil *Queremos Elegir*, negándole cualquier representación de la sociedad civil, señalando que “la sociedad civil es la inmensa mayoría de los venezolanos y está con este proceso”, e informando, entre otras cosas, en forma inexacta, que:

“Si la Asamblea Nacional decidiera mañana o pasado mañana que hay que sustituir al Fiscal General de la República o al Contralor General de la República o al Consejo Nacional Electoral, pues la Asamblea Nacional tiene la potestad y para eso se lo dio el proceso constituyente y la soberanía popular para hacerlo. El que no esté de acuerdo tiene derecho a expresar su voluntad, como lo han hecho, pero nosotros, los que defendemos el proceso, los que lo impulsamos también estamos, no con el derecho, con la obligación de salir a aclararle a nuestro pueblo cómo son las cosas y poner las cosas en su lugar. Así que señor Santana, también le respondo a usted, lo estoy llamando a la batalla, señor Santana. A mi me gusta llamar a la batalla; venga, venga, a mi me gusta”.

Esa información difundida por el Presidente de la República es manifiestamente inexacta, puesto que omite toda referencia a la participación de la sociedad civil prevista por la Constitución venezolana en la designación de esas autoridades. Además, con ella se invitó a la Asamblea Nacional, dominada ampliamente por el partido de gobierno, a proceder a la designación de dichas autoridades violando los derechos políticos de los venezolanos.

El 27 de agosto de 2000, en la misma oportunidad en que se difundió este programa, el 29 de agosto del mismo año, y posteriormente el 3 de septiembre de 2000, Elías Santana solicitó infructuosamente se le permitiera ejercer el derecho de réplica, previsto en el art. 58 de la Constitución de Venezuela, que consagra el derecho de toda persona a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, y el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Sin embargo, en su programa *Aló Presidente* transmitido el 3 de septiembre de 2000, el Presidente de la República se negó a conceder el derecho de réplica solicitado por Elías Santana pues, en su opinión, no correspondía a ese espacio radial y televisivo otorgar el derecho a réplica y que, en todo caso, esa era una decisión que debía tomar la Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, un organismo del Estado cuyo directorio es designado por el gobierno. El 11 de septiembre de 2000, la funcionaria pública antes referida informó a Elías Santana que su réplica sería transmitida el día que a tal efecto fijara Radio Nacional de Venezuela, obviamente en un espacio distinto al del programa en que se produjo la información que originó la solicitud de réplica. El agraviado objetó esta decisión, alegando que el programa *Aló Presidente* es transmitido no solamente por las distintas frecuencias de Radio Nacional de Venezuela sino que también por Venezolana de Televisión y, eventualmente, por Globovisión y otros medios de comuni-

cación social, que se trata de un programa que genera gran expectativa y que concentra la atención de los medios, y que, según lo manifestado por el propio Presidente de la República, es un programa que tiene una alta sintonía.

Con fecha 9 de octubre de 2000, Elías Santana interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia un recurso de amparo constitucional que, según las normas adoptadas por el mismo tribunal, debía ser resuelto en un lapso no mayor de 96 horas contadas a partir del momento de la notificación del recurso al presunto agravante. No obstante, la decisión sobre este recurso se produjo el 12 de junio de 2001, después de transcurridos más de ocho meses de que se había presentado dicho recurso, sin haberle dado la celeridad procesal inherente al mismo, e implícita en la *brevidad* requerida por el art. 27 de la Constitución, que ordena se le tramite *con preferencia a cualquier otro asunto*. Además, esta decisión se adoptó *in limine litis*, sin una audiencia pública en que se escuchara los alegatos de las partes, y sin escuchar la opinión del Ministerio Público sobre un asunto que obviamente era de interés público,

En su sentencia, la Sala Constitucional asumió la tarea de interpretar los artículos 57 y 58 de la Constitución, que no es lo que se le había pedido, y afirma que su decisión será *doctrina vinculante (sic)* en la interpretación de los mencionados artículos de la Constitución de Venezuela. De manera que dicha sentencia no sólo obliga en el caso particular, sino que tiene efectos generales y permanentes, y afecta a todas las personas sometidas a la jurisdicción del Estado venezolano. Se trata de una sentencia que ha desempolvado disposiciones legales tácitamente derogadas por la Constitución o por los tratados de derechos humanos, que confunde opinión con información, que denuncia “el terrorismo comunicacional, que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones,” y que amenaza sutilmente con la aplicación de la figura del delito de vilipendio a quienes, como parte de la crítica política, puedan incurrir en esa práctica.

Con la advertencia contenida en esta sentencia, en el sentido de que ella es *doctrina vinculante (sic)*, su efecto práctico es regular la libertad de expresión, llenando supuestos vacíos legales.

En la rueda de prensa del 3 de julio de 2001, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia invitó a quienes han cuestionado esta sentencia a “Que vayan a la Corte Interamericana, o a donde quieran ir.” Pero advirtió que esta sentencia es un acto soberano, y que por encima del Tribunal Supremo de Justicia no hay ninguna otra instancia.

I. LA FUNCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Hace más de 2500 años, los ciudadanos de la antigua Atenas conquistaron el derecho a debatir en la plaza pública los intereses de la ciudad, y a cultivar el pensamiento libre; es en ese sentido que puede decirse que la democracia ateniense incluía la libertad de expresión entre los derechos fundamentales de que disfrutaban sus ciudadanos, y que la vigencia de esta libertad constituía una de las características más notables de su sistema político. Pero, aunque sus raíces se remontan muy atrás en el tiempo, en la segunda mitad del siglo XX y en lo que va del actual, la libertad de expresión ha sido una de esas ideas políticas que ha tenido mayor influencia en el desarrollo de las instituciones, y que, particularmente en el mundo occidental, ha contribuido decisivamente a moldear las características del Estado moderno.

A lo largo de la historia, la libertad de expresión ha sido temida y combatida por quienes ejercen el poder. En la actualidad, luego del fin del apartheid en Sudáfrica, del término de las dictaduras militares del cono sur de América latina, y de la caída del muro de Berlín, cuando una ola democratizadora recorre el mundo, no se puede perder de vista el papel que le corresponde al debate libre y abierto en ese proceso. Esas circunstancias, que una y otra vez han puesto a prueba nuestro compromiso con la libertad de expresión, nos obligan a examinar críticamente la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, de fecha 12 de junio de 2001.

La sentencia que comentamos refleja que, aunque la libertad de expresión sea generalmente aceptada, encontrándose incorporada no sólo en instrumentos internacionales ampliamente ratificados sino también en las constituciones nacionales de los Estados, no hay el mismo grado de consenso en cuanto a las razones que justifican su especial protección, ya sea que se le aborde como un derecho individual o como un interés colectivo, en función de la utilidad de la misma. En tal sentido, esta sentencia nos hace recordar el pensamiento de Lenin, preguntándose:

"¿Por qué debería permitirse la libertad de expresión y de prensa? ¿Por qué un gobierno que está haciendo lo que cree correcto debería permitir que lo critiquen? No permitiría la oposición con armas letales; pero las ideas son cosas más fatales que las armas"¹.

1 Citado por Simon Lee, en *The Cost of Free Speech*, Faber and Faber, London - Boston, 1990, p. 21.

En otra parte ya hemos examinado las distintas teorías que sirven de fundamento a la libertad de expresión; por ahora, sólo nos interesa resaltar la función que ella cumple como herramienta del proceso político, y su importancia en una sociedad democrática.

La sola circunstancia de preguntar por qué debe respetarse la libertad de expresión parece asumir un enfoque utilitario o funcionalista, que entiende que –a partir del valor que tiene la comunicación en la vida de la sociedad, esta libertad debe cumplir una determinada función dentro de la estructura social, y que, por lo tanto, su ejercicio está subordinado a maximizar el bienestar general. En este sentido, aunque refiriéndose a derechos *naturales*, y no a derechos que son el resultado de su consagración por las instituciones del Estado que tienen la misión de producir normas jurídicas, Jeremías Bentham se reveló frente a la sola idea de derechos inalienables e imprescriptibles, que no atendían a ningún fin útil; en su opinión, asumir la existencia de derechos de este tipo era una insensatez (*nonsense upon stilts*).² Actualmente, la consagración de la libertad de expresión en numerosos instrumentos internacionales le ha conferido un evidente carácter positivo, y ha restado importancia al debate sobre su supuesto origen *ius* naturalista. Por otra parte, el enfoque funcionalista también ha servido para exponer algunas de las razones que han conducido a elevar la libertad de expresión a la categoría de derecho, y a dotarla de contenido ético. Es allí donde sobresale la tesis que inserta la libertad de expresión como un componente esencial de la democracia.

Como fruto del liberalismo, que desconfía del Estado, la libertad de expresión nació íntimamente asociada al tipo de relación que debe existir entre el individuo y el Estado. La libertad de expresión es inherente al liberalismo político, que se opone al despotismo y que sirve de fundamento al gobierno representativo, y encarna en el liberalismo intelectual, que se caracteriza por el espíritu de tolerancia. La libertad de expresión constituye un muro de contención frente al poder estatal y, al mismo tiempo, forma parte de los mecanismos de control de que dispone la sociedad frente a los órganos del poder público. Además, cualquiera que sea el concepto que se acepte de la democracia, ésta sólo es posible en un contexto en el que, como mínimo, se garanticen el sufragio universal y la libertad de expresión. La libertad de expresión no es un exceso de la democracia; por el contrario, ella ocupa un lugar destacado en una sociedad democrática, y es vital para el funcionamiento de la misma. En realidad, en un sentido sustantivo, ella forma parte del concepto mismo de democracia, que está indisolublemente ligado a

2 Cf. *Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declaration of Rights Issued during the French Revolution*, reproducido en Jeremy Waldron (compilador), *Nonsense upon stilts: Ben tham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London and New York, 1987, pp. 46 y ss.

la idea de libertad y a la participación de la voluntad popular en la formación de la voluntad general; porque, si la democracia supone que todos los ciudadanos participen en la toma de decisiones, esas decisiones deben ser el fruto de la discusión y del debate. En opinión de Ronald Dworkin, la democracia significa, por lo menos, que a nadie puede negarse el derecho a participar en las deliberaciones de la colectividad porque sus ideas puedan considerarse ofensivas o peligrosas; en opinión de Dworkin, la libertad de expresión no solamente es esencial para la democracia sino, sobre todo, porque cualquier gobierno que no disfrute del consenso de los gobernados es una tiranía.³ La libertad de expresión es indispensable para cumplir una responsabilidad social y para decidir, en una respuesta cívica si no necesariamente en elecciones formales, cuáles son sus valores políticos como colectividad; pero la libertad de expresión es incluso más fundamental que la democracia, porque debe respetarse incluso para permitir que se ataque a esta última.⁴ Por consiguiente, en cualquier país, el debilitamiento de la libertad de expresión es una clara indicación del debilitamiento de la democracia, pues ésta supone una pluralidad de opiniones e ideas, y un clima de tolerancia que haga posible el libre flujo de las mismas; desde luego, ese clima de respeto no se extiende solamente a las opiniones más ortodoxas sino que, sobre todo, a aquéllas que no son compartidas por la mayoría, y que incluso pueden parecerle repudiadas. De manera que la democracia, que forma parte de la cultura política de nuestro tiempo, es una noción que no puede prescindir de la libertad de expresión.

A partir de la participación ciudadana en el proceso político, esta teoría asume que la discusión pública es un deber, y que el propósito de la libertad de expresión es permitirle al ciudadano comprender cabalmente los asuntos de interés público, a fin de que pueda participar eficazmente en el adecuado funcionamiento de la democracia. En realidad, esta tesis asume que la democracia política y la libertad de expresión están íntimamente entrelazadas, y que esta última es una condición necesaria de la primera; pero, a la inversa, también puede afirmarse que la libertad de expresión sólo es posible en el marco de una sociedad democrática. Este postulado corresponde a lo que Fiss denomina la *teoría democrática de la libertad de expresión*, en contraposición a lo que sería la *teoría libertaria*, que estaría basada en el interés individual; por contraste, lo que él denomina la *teoría democrática* pondría el acento en valores sociales más que individuales y, junto con servir de garantía a la soberanía popular, resultaría esencial para la autodeterminación

3 Cf. *Forked Tongues, Faked Doctrines*, en *Index*, 3/97, mayo de 1997.

4 Cf. Ronald Dworkin, *Ibidem*.

colectiva.⁵ Según Fiss, la democracia permite a la gente el modo de vida que desea llevar, y asume que esta elección se hace en el contexto de un debate público que, usando la fórmula del juez Brennan, debe ser desinhibido, vigoroso, y ampliamente abierto.⁶

La conexión entre la democracia y la libertad de expresión ya había sido apreciada nítidamente por James Madison, uno de los redactores de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos -que consagra la libertad de expresión-, al observar que si Jorge III hubiera podido estrangular a la prensa de las colonias antes de 1776, esos pueblos hubieran continuado siendo miserables colonias, quejándose bajo el yugo extranjero.⁷ En este mismo sentido, William Jennings Bryan, siendo Secretario de Estado de los Estados Unidos, sostenía que la publicidad es esencial para una honesta administración, del mismo modo que la libertad de expresión lo es para un gobierno representativo.⁸ Pero probablemente ha sido Alexander Meiklejohn quien ha subrayado con mayor vigor la relación que existe entre el sistema democrático y la libertad de expresión; en su opinión:

“La Primera Enmienda (a la Constitución de los Estados Unidos) no protege la libertad de expresión. En realidad, ampara la libertad de aquellas actividades del pensamiento y de la comunicación mediante las cuales nos gobernamos. Se refiere no a un derecho privado, sino a un poder público, a una responsabilidad de gobierno... La libertad que la Primera Enmienda protege no es, pues, la ausencia de regulación. Es la presencia del autogobierno”⁹.

La tesis de Meiklejohn fue confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, al señalar que, cualquiera que sean las diferencias que puedan existir acerca de la interpretación de la Primera Enmienda a la Constitución de ese país, existiría prácticamente un amplio consenso en cuanto a que su objetivo fundamental es proteger la libre discusión de los asuntos gubernamentales, y que esto incluye -entre otras cosas- la discusión de candidaturas, la estructura y forma de gobierno, la forma en que opera o debería operar el gobierno, y todos los asuntos relacionados con el proceso político¹⁰. En opinión de ese alto tribunal, “la vitalidad de las instituciones civiles y políticas de nuestra sociedad depende de la libre discusión”¹¹. Sin embargo, al resal-

5 Cf. Owen M. Fiss, en *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts / London, 1996, pp. 2 y sig.

6 Cf. *ibid*, p. 3.

7 Cf. Elliot, *Debates on the Federal Constitution*, vol. 4, p. 571.

8 Discurso pronunciado el 24 de abril de 1915, ante el City Club de Baltimore, Maryland.

9 “The First Amendment is an absolute”, en *The Supreme Court Review*, 1961, pp. 253 y 255.

10 Cf. *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966).

11 *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

tar el papel que le corresponde a la libertad de expresión en la preservación de las instituciones políticas en una sociedad democrática, la Corte ha sido especialmente cuidadosa en señalar que los mensajes de naturaleza política no se reducen solamente a las comunicaciones serias y bien articuladas, pues los mensajes humorísticos, una caricatura satírica, o una parodia, pueden ser muy efectivos para comunicar ideas y opiniones igualmente serias, y que, en lo que se refiere a esta garantía constitucional, la línea entre el mensaje que informa y el que entretiene es demasiado borrosa.¹²

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la consolidación y el desarrollo de la democracia dependen de la libertad de expresión, y que ésta es un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.¹³ Además, la Comisión considera que el derecho de acceso a la información en poder del Estado permite una mayor transparencia de los actos del gobierno, afianzando las instituciones democráticas.¹⁴

Desde luego, la forma de gobierno debe ser el fruto de la libertad de expresión y del debate público; pero tampoco puede olvidarse que el ejercicio de la libertad de expresión sólo es posible en el marco de una sociedad democrática, la cual es fortalecida por la vitalidad de la primera. De manera que estos dos elementos se refuerzan mutuamente. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha atribuido a la prensa –entendida en su más amplia acepción– una *función constitucional*, por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia, según dijeron en 1812 las Cortes de Cádiz, para prevenir la arbitrariedad de quienes nos gobiernan.¹⁵ En opinión de este alto tribunal, la libertad de expresión se configura como un derecho fundamental, con un marcado talante instrumental, pues su función es garantizar la existencia de una opinión pública también libre, lo cual es indispensable para la efectiva consecución del pluralismo político, como valor esencial del sistema democrático.¹⁶ Pero es importante subrayar que, según el Tribunal Constitucional español, esta especial posición que ocupan en el ordenamiento jurídico corresponde tanto a la libertad de información como a la libertad de expresión propiamente tal, precisamente en

12 Cf. *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948). Cf., también, *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

13 Cf. la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108º período de sesiones, segundo párrafo del preámbulo y párrafo 1 de la parte declarativa.

14 Cf. *ibid.*, quinto párrafo del preámbulo.

15 Cf. la sentencia N° 176/1995, del 11 de diciembre de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 1421/1992, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 12 de enero de 1996, N° 11 (suplemento).

16 Cf. *ibídem.*

razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública informada, indisolublemente ligada al pluralismo político propio del Estado democrático.¹⁷ Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “la formación de una opinión pública libre aparece como una condición para el ejercicio de derechos inherentes a un sistema democrático, por lo que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político”.¹⁸

La Corte Europea de Derechos Humanos no ha sido indiferente a esta función de la libertad de expresión, y ha observado que ésta constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones para su progreso;¹⁹ en numerosas oportunidades, el citado tribunal ha subrayado la necesidad de que las restricciones de la libertad de expresión no afecten el debate político, como lógicamente se desprende de la exigencia de que cualquier interferencia con ella deba ser necesaria en una sociedad democrática. A juicio de la Corte, de acuerdo con el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos hay muy poco margen para que se puedan imponer restricciones sobre expresiones de contenido político, o sobre el debate en asuntos de interés público.²⁰ En la medida en que, para el tribunal europeo, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, ella no es aplicable solamente a la *información* o a las *ideas* que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, o que son vistas con indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, chocan o perturban.²¹ En el mismo sentido, en el *Caso Castells v. Spain*, en que el afectado había sido condenado por difamar al gobierno, a pesar de ostentar la condición de senador, el tribunal sostuvo que, aunque la libertad de expresión es importante para todos, ella es especialmente importante para los representantes electos por el pueblo, precisamente para que llamen la atención sobre sus preocupaciones y defiendan sus

17 Cf. la sentencia N° 132/1995, del 11 de septiembre de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 923/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 14 de octubre de 1995, N° 246 (suplemento).

18 Sentencia N° 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 3694/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, N° 147 (suplemento).

19 Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 48.

20 Cf., en este sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 25 de noviembre de 1996, párrafo 58, y *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 50.

21 Cf., por ejemplo, su sentencia en el caso *The Observer and Guardian v. The United Kingdom*, del 26 de noviembre de 1991, párrafo 59.

intereses; por lo tanto, la Corte consideró que interferir con la libertad de expresión de un miembro del parlamento que, como en el caso del afectado, pertenecía a un partido político de oposición al gobierno, requería un examen muy estricto²². Según el tribunal, los límites de la crítica aceptable son más amplios respecto del gobierno que en las relaciones entre particulares, o incluso respecto de un dirigente político, porque en una sociedad democrática los actos u omisiones del gobierno deben estar sometidos al escrutinio más estricto, no sólo de las autoridades legislativas y judiciales sino que también de la prensa y de la opinión pública;²³ en consecuencia, la Corte consideró que, en estas circunstancias, la interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión a que se sometió al señor Castells no era necesaria en una sociedad democrática.²⁴

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.²⁵ Según este mismo tribunal, “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes pueden influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre”.²⁶ En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de expresión está indisolublemente vinculada a la existencia misma de una sociedad democrática, y ha observado que la libre discusión evita que se paralice una sociedad, y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen las civilizaciones.²⁷

22 Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, sentencia del 23 de abril de 1992, párrafo 42. Cf., también, Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 36.

23 Cf. *ibid.*, párrafo 46.

24 Cf. *ibid.*, párrafo 48.

25 Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985, párrafo 69.

26 *Ibid.*, párrafo 70. Cf., también, Corte IDH, caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 68.

27 Cf. Comisión IDH, Informe N° 69/98, caso 11.803, Chile, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, párrafo 63.

Por otra parte, para la Corte Europea de Derechos Humanos, esta libertad es aplicable no solamente a las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, o que son consideradas como inofensivas o indiferentes, sino que también a aquellas que ofenden, desagradan, o molestan al Estado o a un sector de la población; en su opinión, tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y la amplitud mental, sin las cuales no puede haber una sociedad democrática.²⁸ De modo semejante, la hoy desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos llegó a afirmar que la libertad de expresión comprende el derecho a participar en una discusión abierta incluso sobre los complejos problemas que puedan afectar a un país, tales como los que confronta Turquía con las pretensiones secesionistas de un sector de la población, ya sea con miras a analizar las causas de esa situación o para expresar opiniones sobre posibles soluciones.²⁹

A partir del art. 55 de la Constitución de Federal de la Confederación Suiza,³⁰ que garantiza solamente la libertad de prensa, desde 1961 el Tribunal Federal no ha vacilado en hacer de la libertad de expresión un derecho constitucional no escrito, y que constituye *un elemento esencial del orden democrático* y jurídico de la Confederación.³¹

En sintonía con lo antes expuesto, Danilo Türk y Louis Joinet han observado que el derecho a la libertad de opinión y de expresión es un factor determinante del cambio social y que, debido a ello, siempre seguirá estando en el centro de los debates y de las luchas políticas; a juicio de los autores previamente citados, los cambios ocurridos a fines de la década de los años 80 y comienzos de la década de los años 90 en Europa central y oriental así lo confirmarían, del mismo modo que indicarían que las transformaciones que se impondrán en el futuro sólo tendrán lugar si se garantiza y se protege debidamente la libertad de expresión.³² Como ha expresado Amartya Sen, la expansión de la libertad es el principal objetivo y el principal medio para el desarrollo; porque, en su opinión, el desarrollo consiste en la remoción de los obstáculos de la libertad, que dejan a la gente con pocas opciones y pocas

28 Cf., por ejemplo, European Court of Human Rights, *Case of Müller and others*, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 33.

29 Cf. el punto de vista de la Comisión en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 47.

30 La denominación oficial del texto constitucional incluye, en los términos indicados, la referencia aparentemente contradictoria tanto a la *federación* como a la *confederación*.

31 RO 87, I, 117. Citado por Patrick Wachsmann, «La Liberté d'Expression», en Rémy Cabril-lac, Marie-Anne Frison-Roche, et Thierry Revet (compiladores), *Droits et Libertés Fondamentaux*, 4e édition, Dalloz, París, 1997, p. 281.

32 Cf. E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, Relatores Especiales, párrafo 4.

oportunidades para ejercerla;³³ en su opinión, las libertades políticas –entre las cuales la libertad de expresión ocupa un lugar destacado–, son un instrumento para el desarrollo.³⁴ Las libertades políticas contribuyen a salvaguardar las libertades económicas.³⁵

Sin duda, la libertad de expresión –con la colaboración de los medios de comunicación– permite contar con una opinión pública informada y mejor preparada para la toma de decisiones. En este sentido, la televisión pública, más allá de lo que pueda aportar a la difusión de la cultura, constituye un espacio vital para la preservación y el fortalecimiento de la democracia. Es sólo mediante la libertad de expresión que el ciudadano puede emitir juicios críticos sobre el gobierno, pronunciarse sobre las políticas públicas, disentir del criterio oficial, luchar por el cambio, y participar libremente en la elección y remoción de autoridades. Por consiguiente, no es extraño que la prensa constituya uno de los principales instrumentos de control político, cuya eficacia ha permitido que ella sirva de freno a los excesos del poder. Sobre este particular, en el *Caso Cohen v. California*, el juez Harlan, de la Corte Suprema de los EE.UU., tuvo ocasión de señalar, que:

"El derecho constitucional a la libertad de expresión... está diseñado para remover, y tiene el propósito de remover, las restricciones gubernamentales de la arena de la discusión pública, dejando ampliamente la decisión en torno a cuáles opiniones podrán ventilarse en las manos de cada uno de nosotros, en la esperanza que el uso de esta libertad producirá, en última instancia, una ciudadanía más capaz y una forma de gobierno más perfecta, y en la creencia de que ningún otro enfoque sería compatible con la premisa de la dignidad humana y la elección sobre la cual descansa nuestro sistema político"³⁶.

Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, más allá de promover la búsqueda de la verdad, la ciencia, la moral, y las artes en general, la importancia de la libertad de expresión radica en la difusión de sentimientos liberales sobre la administración del Estado, la comunicación de las opiniones entre los ciudadanos, y la promoción de la unión entre ellos con el efecto de avergonzar o intimidar a los agentes del Estado, forzándolos a observar un comportamiento honorable en la conducción de los asuntos públicos.³⁷

33 Cf. Amartya Sen, *Development as freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. XII.

34 Cf. *ibid*, pág. 38.

35 Cf. *ibid*, pp. 51 y ss.

36 *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

37 Cf. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

Según la misma Corte Suprema de los Estados Unidos, colocar el debate político y el libre intercambio de ideas en un mismo plano con la explotación comercial de materiales obscenos disminuye la majestuosa concepción de la libertad de expresión y sus elevados propósitos en la lucha histórica por la libertad; es un abuso de la libertad de expresión, porque ésta habría sido diseñada para asegurar un intercambio de ideas sin trabas para producir los cambios políticos y sociales deseados por la población, mientras que la representación gráfica de la conducta sexual, por sí misma o para obtener una ganancia comercial, sería algo distinto.³⁸

La ausencia de libertad de expresión, por el contrario, debilita el sistema democrático, conduce a la desconfianza generalizada, y repercute negativamente en la convivencia social. En una comunicación dirigida por el Colegio de Periodistas de Chile al Presidente de la Corte Suprema de ese país, durante la dictadura militar de Augusto Pinochet, se expresaba lo siguiente:

“La política gubernativa respecto de los medios de comunicación social no puede ser más nociva. La comunidad, sabedora de que hay temas sobre los cuales no se puede opinar y acontecimientos que no se pueden narrar, ha aprendido a dudar de cuanto se informa y comenta, lo que representa un modo distinto de ver la vida y entender la sociedad. Se ha creado el hábito de la desconfianza y la incredulidad, en cuyo clima toda obra de bien común se hace difícil. El pueblo culto e informado de ayer, es hoy un pueblo indiferente y ajeno, que al no tener acceso a una parte del acontecer, se ha desinteresado por conocer la parte que se le cuenta; esta realidad es la que se refleja a través de la disminución de audiencia en los espacios informativos de radio y televisión y en la baja progresiva de la venta de diarios y revistas. Naturalmente, la pérdida de la confianza implica (la) disminución de la buena fe; y ambos procesos afectan negativamente a la convivencia pacífica y fraternal de toda la comunidad”³⁹.

Por otra parte, la libertad de expresión puede ser vista no sólo como una simple herramienta del proceso político, sino como un instrumento para el progreso y el desarrollo colectivo. Al permitir desafiar las ideas prevalecientes, su fundamento descansa en la contribución que ella pueda aportar al buen gobierno. De acuerdo con este criterio, la premisa fundamental es que las ideas hacen avanzar a las ideas; pero ellas sólo pueden germinar y desarrollarse en un ambiente de libertad y tolerancia. Tal vez esto es lo que ha

38 Cf. *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

39 Carta del Colegio de Periodistas de Chile al Presidente de la Corte Suprema de Chile, citada por la Comisión IDH, en *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1985, p. 231.

llevado a Walter Lippman a sostener que en una democracia se tolera a la oposición no porque sea constitucional, sino porque es necesario⁴⁰.

La tesis que comentamos tiene la ventaja de contemplar tanto los intereses del orador como los de la audiencia a la cual éste se pueda dirigir; sin embargo, tiende a privilegiar el discurso de contenido político en desmedro de otras formas de expresión (como la expresión comercial o literaria) que -en cuanto no constituyen asuntos de interés público y son independientes del proceso político-, no estarían protegidas por la libertad de expresión, pudiendo ser objeto de regulación estatal o, incluso, de censura en el caso de aquellas expresiones que -por su contenido religioso, literario, o artístico- no están necesariamente ligadas al proceso político ni contribuyen al debate público. Por otra parte, esta tesis también tiene -como consecuencia lógica- el efecto de proporcionar una más amplia protección al discurso político y al acceso a información de interés público, rechazando la tan utilizada costumbre de clasificar información que el gobierno considera debe mantener en secreto y que no debe ser conocida por la ciudadanía. A título ilustrativo, en el *Caso Boos v. Barry*, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó como inconstitucional una regulación que prohibía el despliegue de mensajes de gobiernos extranjeros, argumentado que las restricciones dirigidas al contenido del discurso político debían estar sometidas al examen más riguroso⁴¹. Si bien se acepta que la libertad de expresión no es absoluta, ese mismo tribunal ha sostenido, en *obiter dicta*, que el interés en estimular la libertad de expresión en una sociedad democrática prevalece sobre cualquier beneficio teórico, pero no probado, que pueda acarrear la censura⁴². En realidad, incluso en el caso de mensajes comerciales, el tribunal estadounidense ha observado que, cuando se restringe la difusión de información comercial verdadera, no engañosa, se corre el riesgo de poner en duda y oscurecer las razones que pueden haber llevado a la adopción de una política que tal vez podría lograrse con otras medidas menos restrictivas de la libertad de expresión, que no sólo reducen las opciones del consumidor, sino que impiden un debate abierto sobre temas de política pública⁴³.

La Corte Europea de Derechos Humanos tampoco ha sido menos insensible a la mayor importancia del mensaje de contenido político, y a la necesidad de que éste disponga de un mayor margen de protección. Luego de indicar que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos

40 Cf. "The Indispensable Opposition", en *The Atlantic Monthly*, agosto de 1939, citado por Santiago Sánchez González, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 90.

41 Cf. *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988).

42 *Reno, Attorney General of the United States et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, 96 U.S. 511 (1997).

43 Cf. *44 Liquormart, Inc., et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

esenciales de una sociedad democrática, respecto de una antología de poemas que podían interpretarse como incitando al odio y a la rebelión, el tribunal subrayó su “dimensión obviamente política”, y la circunstancia de que las restricciones sobre mensajes de contenido político o sobre el debate en asuntos de interés público tienen un muy escaso margen de aplicación en el marco del art. 10 de la Convención Europea.⁴⁴ De manera más explícita, los jueces Wildhaber, Pastor Ridruejo, Costa, y Baka, han señalado que el margen de apreciación de que dispone el Estado es más restringido cuando el mensaje que se objeta es de contenido político, porque este tipo de expresión es de la esencia de la democracia y porque interferir con el mismo socava las bases de la democracia, mientras que el margen de apreciación es mayor cuando es la misma naturaleza del mensaje la que crea el peligro de debilitar la democracia.⁴⁵

En síntesis, puede afirmarse que la libertad de expresión, en cuanto permite controlar el funcionamiento de las instituciones políticas, es una garantía de la democracia; pero, al mismo tiempo, ella es también una forma de ejercicio de la democracia, y es un elemento inherente de la misma. Sin duda, libertad de expresión y libertad de prensa no son la misma cosa; pero no se puede ignorar que esta última se sitúa en el corazón de la libertad de expresión, sirviendo de vehículo para transmitir informaciones e ideas de toda índole, y que ella cumple un papel fundamental en una sociedad democrática.

II. LOS ELEMENTOS CENTRALES DE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

A partir del planteamiento expuesto en el recurso de amparo, la Sentencia 1.013 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia pudo limitarse a declarar que, en el caso sometido a su consideración, el derecho de réplica invocado por el actor era procedente o improcedente; una decisión de esa naturaleza podría ser buena o mala; podría ser compartida o rechazada; pero hubiera respondido estrictamente a lo que se planteaba en el recurso de amparo. Sin embargo, la sentencia se extiende en largas y curiosas consideraciones sobre asuntos que no le fueron planteados al tribunal, que más bien corresponden a un recurso de interpretación de los artículos 57 y 58 de la Constitución y no a un recurso de amparo, y que restringen indebidamente la libertad de expresión. En particular, esa sentencia infringe los

44 Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 48 y 50.

45 Cf. Su opinión conjunta, parcialmente disidente, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999.

compromisos internacionales asumidos por Venezuela en materia de derechos humanos, coarta las posibilidades del debate libre y abierto en una sociedad democrática, y restringe la libertad de expresión en mayor medida que la permitida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. *La distinción entre la libertad de expresión y el derecho a la información*

La actual Constitución de Venezuela se refiere a la libertad de expresión en el art. 57, mientras que algunos aspectos del derecho a la información están regulados por el art. 58. Según la primera de estas disposiciones,

“Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”.

Por otra parte, el art. 58, referido a algunos aspectos del derecho a la información, señala que:

“La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

Según la sentencia que comentamos, “se trata de dos derechos diferentes, uno dirigido a garantizar la expresión de las ideas u opiniones, y otro, en beneficio de los ciudadanos, constituido por el derecho de ser informados de manera oportuna, veraz e imparcial y sin censura, por los medios de comunicación, ya que el artículo 58 se refiere a la comunicación. Es en relación con la información comunicacional que surge el derecho a la réplica y a la rectificación, como un derecho de los ciudadanos ante los medios de comunicación en general”. Pero mientras esta última afirmación es correcta, esa pretendida separación entre libertad de expresión y derecho a la información es equivocada, y refleja que los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no entienden qué es lo que protege la libertad de expresión, y cuáles son sus elementos fundamentales. A diferencia de lo que sostiene el citado tribunal, en el sentido que “la información es un derivado de la libertad de expresión,” ésta es un derecho que

se bifurca en dos direcciones igualmente trascendentales, y que comprende, por una parte, la libertad de expresión propiamente tal, y por la otra el derecho a la información; sobre este particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, y que comprende tanto el derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista como el derecho de todas a conocer opiniones, relatos, y noticias; de manera que para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.⁴⁶

Sin duda, los artículos 57 y 58 de la Constitución marcan una diferencia importante en cuanto a su contenido. Pero la diferencia esencial radica en que, mientras el art. 57 se refiere a los límites del poder del Estado, consagrando la libertad de expresión e impidiendo la censura previa, el art. 58 se refiere a un derecho del individuo frente a los medios de comunicación. Sin embargo, la sentencia que comentamos no podía ignorar lo dispuesto por el art. 19 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el art. 13 N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señalan que la libertad de expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. En cuanto tal, éste es un derecho que tiene el individuo frente al Estado, y es el Estado quien tiene la obligación de respetarlo y garantizarlo respecto de todas las personas sometidas a su jurisdicción, incluidos los periodistas, los propietarios de los medios de comunicación, o quienes habitualmente escriben o utilizan los espacios de esos medios para transmitir sus ideas, opiniones, o informaciones.

No obstante las consideraciones anteriores, para los efectos del derecho de rectificación o de respuesta (o de réplica), que opera en caso de informaciones inexactas o agraviantes, la distinción entre opiniones e informaciones es fundamental.

2. El derecho de “réplica” y la aplicación de la Convención Americana

En el presente caso, el actor basó su recurso en el art. 58 de la Constitución, que consagra el *derecho de réplica y rectificación* de toda persona que se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Por el contrario, el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

46 Cf. Corte IDH, caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 66; Cf. también, Corte IDH, caso *lvcher Bronstein (Baruch lvcher Bronstein vs. Perú)*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 148.

la cual ha sido ratificada por Venezuela y forma parte de aquellos tratados de derechos humanos a que el art. 23 de la Constitución confiere jerarquía constitucional y que prevalecen en el orden interno, se refiere al derecho de *rectificación o respuesta* que tiene toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión.

Sin duda, hay una diferencia notable entre el derecho de *réplica* y el derecho de *rectificación* de informaciones inexactas o agraviantes; se trata de dos esferas diferentes, que consagran derechos igualmente diferentes, que no coinciden en sus elementos esenciales. Además, mientras el texto constitucional se refiere copulativamente al derecho de *réplica y rectificación*, como dos elementos inseparables, la Convención Americana hace mención del derecho de *rectificación o respuesta*, en cuanto opciones frente a una información inexacta (*rectificación*) o agraviante (*respuesta*), y que no pueden entenderse como sinónimos. Estos aspectos elementales, que requieren definir lo que se entiende por *réplica, rectificación, y respuesta*, simplemente no son abordados por la sentencia. Asimismo, el más alto tribunal de Venezuela parece ignorar que, por mandato del art. 29 de la Convención Americana, las disposiciones de la Constitución y las de la Convención deben interpretarse armónicamente, de la manera que resulte más favorable al individuo.

3. *Los periodistas y el derecho de réplica*

Otro aspecto que llama la atención en la sentencia que comentamos es la forma como distingue en donde no lo hacen ni la Constitución de Venezuela ni las tratados internacionales ratificados por ella.

En efecto, mientras que el art. 58 de la Constitución señala que *toda persona* tiene el derecho de *réplica y rectificación* cuando se vea afectada por informaciones inexactas o agraviantes, la sentencia de la Sala Constitucional afirma que “tal derecho no lo tienen ni los medios, ni a (*sic*) quienes en ellos se expresan, ya que, repite la Sala, el derecho a *réplica y rectificación* no ha sido concedido sino a quienes reciben la información y no a quien la suministra”. Esa distinción tampoco figura en el texto del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sostiene que “toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes” tiene derecho a efectuar su *rectificación o respuesta*.

El argumento del tribunal es que, “de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Ejercicio del Periodismo, son los periodistas los que deben el derecho a *réplica o rectificación*, pero ellos no lo tienen en el sentido señalado en dicho artículo”. Esta curiosa interpretación del tribunal, supuestamente garante de la constitucionalidad, coloca a la ley por encima de la Constitución y de tratados ratificados por Venezuela, que tienen rango constitucional. Además, suponiendo que esa interpretación del art. 9 de la Ley de Ejercicio

del Periodismo fuera correcta, la sentencia ignora que, según el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ningún Estado puede suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicha Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Por otra parte, la sentencia del tribunal intenta explicar su interpretación del alcance del derecho de *réplica* señalando que “el medio de difusión siempre puede contestar (replicar) o rectificar la noticia inexacta o agraviante que sobre él, sus periodistas o colaboradores, haya sido difundida en otro medio”. De manera que un periodista o un columnista de un periódico regional, con un tiraje de 200 o 500 ejemplares distribuidos en una pequeña comunidad, tendría que hacer uso de ese mismo medio de comunicación para responder a una información inexacta y agraviante difundida por un medio de circulación nacional, con acceso a los hogares de todos los venezolanos.

La sentencia olvida que el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –que según el art. 23 de la Constitución tiene rango constitucional– dispone que el derecho de rectificación o de respuesta se ejerce a través del mismo órgano de difusión que dio origen a la información inexacta o agraviante. Esta disposición cumple un doble propósito, que parece no ser percibido por el tribunal. En primer lugar, sin perjuicio de las otras responsabilidades a que hubiere lugar, ésta es una forma de hacer efectiva la responsabilidad del medio que incurrió en la información inexacta o agraviante, obligándolo a que rectifique; por consiguiente, es el medio responsable el que debe dar cabida a la rectificación o respuesta, y no otro. En segundo lugar, el propósito de esta disposición es proporcionar a la persona agraviada acceso a la misma audiencia que estuvo expuesta a la información inexacta o agraviante, pues es frente a ellos que ésta tiene derecho a rectificar o responder. Pero, si el agraviado es un periodista, un columnista de prensa, o el propietario de un medio de comunicación, es absurdo pretender imponer a éste la carga que supone rectificar o dar respuesta a una información inexacta o agraviante generada en otro medio, y que obviamente no tendrá la misma difusión ni la misma audiencia.

Es claro que el derecho de rectificación o de respuesta no es procedente en el caso de opiniones; respecto de éstas, el remedio adecuado es el establecimiento de las responsabilidades civiles o penales a que haya lugar. Sin embargo, en el mundo de la información, la descripción de hechos y las opiniones suelen ir de la mano, lo que eventualmente puede plantear controversias en cuanto a la procedencia del derecho de rectificación o de respuesta, o en cuanto a los elementos que lo justifican. Tampoco es un derecho que pueda exigirse en el marco de un debate político concentrado en la discusión de ideas y puntos de vista, y no en la comunicación de hechos o situaciones, que es lo propio de la información. Ello es así porque el propósito de este derecho no es estimular el debate público sino proporcionar un recurso que

haga posible la rectificación de informaciones inexactas o agraviantes; de lo contrario, su uso generalizado, incluso respecto de opiniones, podría actuar como un mecanismo perverso que inhiba el debate político, y que, para evitar el costo económico que impone el publicar la rectificación o la respuesta, obligue a los medios de comunicación a ser muy cautelosos en el tipo de mensajes que difunden.

En la medida en que el propósito de la Convención Americana es reconocer derechos y libertades a las personas, y no facultar a los Estados para hacerlo, interpretando la frase *en las condiciones que establezca la ley* utilizada por el art. 14 N° 1 de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que esa frase atañe a la efectividad de ese derecho en el orden interno, pero no a su creación, existencia o exigibilidad en el ámbito internacional, y que la tesis según la cual dicha frase solamente facultaría a los Estados partes a *crear por ley* el derecho de rectificación o de respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento interno no lo regule, no se compeadece ni con el sentido corriente de los términos empleados ni con el contexto de la Convención.⁴⁷

Por otra parte, debe observarse que el margen de discrecionalidad que tiene el Estado para establecer, mediante la ley, las condiciones en que puede exigirse el derecho de rectificación o de respuesta no es ilimitado. En primer lugar, el art. 14 N° 1 de la Convención señala expresamente que la rectificación o la respuesta debe efectuarse por el mismo órgano de difusión que comunicó la información inexacta o agraviante que genera el derecho de rectificación o de respuesta. En segundo lugar, en cuanto a su oportunidad, ella tiene que realizarse dentro de un plazo razonable después de haberse recibido la referida rectificación o respuesta; en principio, nos parece que el medio debe dar cabida a esa rectificación o respuesta en la edición o en el programa inmediatamente siguiente a la fecha en que haya sido recibida por el medio. Ni la extensión de esa rectificación o respuesta, ni su ubicación en la programación del medio, han sido reguladas por la Convención y se han dejado al criterio del legislador nacional; sin embargo, nos parece que ambos aspectos deben responder apropiadamente al propósito de esta institución, brindando a la persona afectada condiciones de igualdad en cuanto a su cobertura y ubicación, y permitiéndole acceder a la misma audiencia que estuvo expuesta a la información inexacta o agraviante. Lo que se requiere es que el impacto de la información inexacta o agraviante pueda ser contrarrestado por la difusión, en condiciones de igualdad, de la rectificación o respuesta del afectado. En el caso de los medios escritos, ello supone considerar

47 Cf. Corte IDH, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-7/86*, del 29 de agosto de 1986, párrafos 33 y 23.

el despliegue y ubicación de la información inicial; en el caso de los medios radioeléctricos, el ejercicio efectivo de este derecho debe considerar el programa, el día de la semana, la hora en que se difundió dicha información, y la duración de la misma.

4. *La información veraz*

En una época relativamente reciente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que en el área de la libertad de expresión y de prensa los tribunales siempre deben ser sensibles a cualquiera violación genuinamente seria de la expresión artística, política o científica, porque "ésta es un área en la cual hay pocas verdades eternas"⁴⁸. Según este tribunal, no hay verdades absolutas, y ésta -la verdad- es un concepto relativo. En su opinión, al igual que en otras esferas de la vida social y cultural, el mercado comercial proporciona un foro donde florecen las ideas y las informaciones, y mientras algunas de esas ideas e informaciones son vitales, otras son de escaso valor; pero, si bien, a juicio de ese alto tribunal, la regla general es que sean el orador y la audiencia, no el gobierno, quienes evalúen el valor de esa información, se observa que la *mayor objetividad* de la expresión comercial justifica conferirle al Estado mayor libertad para distinguir los anuncios comerciales que contienen información falsa de aquellos que son fieles a la verdad.⁴⁹ Por el contrario, en el ámbito del debate político, a fin de hacer posible el libre flujo de las ideas, la noción de lo que es verdadero o falso pasa a segundo plano.

Por otra parte, John Stuart Mill sostenía que la historia nos muestra constantemente a la verdad reducida al silencio por la persecución, y si ésta no ha logrado reducirla en forma absoluta, al menos la ha retardado en muchos siglos.⁵⁰ A juicio de Mill, la única ventaja que posee la verdad consiste en que, cuando una opinión es verdadera, aunque haya sido reprimida múltiples veces, siempre habrá alguien en el transcurso de los siglos para descubrirla de nuevo, hasta que una de sus reapariciones ocurra en una época en que, por circunstancias favorables, escape a la persecución, al menos durante el tiempo preciso para adquirir la fuerza de poder resistir a los ataques posteriores.⁵¹ Además, "por poco dispuestos que estemos a admitir la posibilidad de que una opinión a la que estamos fuertemente ligados sea falsa, debemos considerar que, por verdadera que sea, nunca será una verdad viva, sino un dogma muerto, si no la podemos discutir de modo audaz, pleno y

48 *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

49 *Cf. Virginia State Bd. Of Pharmacy v. Virginia Cit. Council*, 425 U.S. 748 (1976).

50 *Cf., On Liberty*, Penguin Books Ltd., Middlesex, England, 1978, p. 89.

51 *Cf. ibid.*, p. 90.

permanente... La verdad que se profesa de este modo no es sino una superstición más, accidentalmente unida a palabras que enuncian una verdad⁵². La única forma de evitarlo es permitiendo que esa verdad sea desafiada, y obligando a que quienes la sostienen la defiendan con sus mejores argumentos. Siguiendo este razonamiento, según el juez White, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el fundamento para proteger a quien difunde información falsa es que, de otra manera, también se podría suprimir la verdad; de manera que a veces hay que proteger falsedades inocentes para asegurar el acceso a la verdad.⁵³ En el mismo sentido, a juicio del juez Powell -hablando por la Corte-, si bien las afirmaciones de hecho falsas no tienen ningún valor constitucional, a veces deben protegerse simplemente porque son inevitables en un debate libre.⁵⁴ Según la Corte, permitir como defensa el probar la verdad de lo que se afirma no significa que en esta forma se va a disuadir el discurso falso; bajo esa regla, eventuales críticos de la conducta oficial podrían verse disuadidos de expresar sus críticas, incluso si se cree que ellas son verdaderas, e incluso si ellas son -de hecho- verdaderas, debido a la duda de si se podrá probar en el tribunal, o al temor del costo de tener que hacerlo. En opinión del citado tribunal, tal regla desalienta el vigor del debate público y restringe su variedad.⁵⁵ A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la garantía constitucional de la libertad de expresión prohíbe a un funcionario público demandar daños por aseveraciones falsas que lo difamen si tales aseveraciones se refieren a su conducta oficial, a menos que pruebe que esa aseveración se hizo con *mala intención (real malice)*, es decir con conocimiento de su falsedad, o con manifiesta indiferencia por su verdad o falsedad.⁵⁶ Además, en relación con la solicitud de dinero para fines caritativos, si bien el tribunal ha admitido que la representación fraudulenta

52 *Op. cit.*, pp. 96 y sig.

53 Cf. Su opinión concurrente en *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 401 U.S. 295 (1971).

54 Cf. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

55 Cf. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

56 Cf. *ibídem*. En una traducción literal, que no compartimos, esta tesis ha sido recogida por parte de la doctrina española y latinoamericana con el título de “*real malicia*”, o ‘*malicia real*’. Cf., por ejemplo, Rafael Saraza Jimena, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 281. También, Eduardo Andrés Bertoni, “New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos X*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000, pp. 121 y ss, el *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1999*, vol. III, Washington, D.C., 2000, p. 21, y Jorge Bustamante Alsina, *La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la “actual malice”*, en *Campus*, Año IV, N° XVI, octubre de 1997, Buenos Aires, pp. 7 y ss. Cf., en este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de *Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia*, Sentencia 1.013, del 12 de junio de 2001.

de los hechos puede estar sancionada, se ha señalado expresamente que la diseminación de las ideas no puede estar regulada.⁵⁷

La Corte Europea de Derechos Humanos ha observado que debe hacerse una cuidadosa distinción entre juicios de hecho y juicios de valor, porque mientras la existencia de los hechos puede demostrarse, la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba;⁵⁸ según este alto tribunal, exigir que se pruebe la verdad de un juicio de valor es algo imposible de cumplir que infringe la libertad de opinión, la cual es una parte fundamental del derecho asegurado por el art. 10 de la Convención Europea, que consagra la libertad de expresión.⁵⁹ Sin embargo, la Corte Europea está conciente de que incluso los juicios de valor pueden depender de una base fáctica que los sustente,⁶⁰ y que si ellos están apoyados en evidencia documental, así como en artículos de prensa y en sentencias de los tribunales, puede considerarse que el juicio de valor expresado sobre esa base constituye un comentario apropiado.⁶¹

Junto con subrayar implícitamente los derechos –supuestamente prioritarios– del destinatario del mensaje, en cuanto se refiere a la calidad de la información que éste reciba, esta teoría parece poner especial énfasis en el mundo de los hechos y en la distinción entre lo que es verificable y aquello que no lo es. Como muy bien observa Baker, la premisa fundamental de esta teoría descansa en la existencia de una verdad objetiva y verificable, que puede ser contrastada con la realidad.⁶² Pero la libertad que comentamos ampara no sólo el conocimiento cierto, sino que también las conjeturas que se formulan sobre determinados hechos y, sobre todo, las apreciaciones, ideas, y opiniones que pudieran entrar en el campo de lo que Baker denomina la *verdad subjetiva*.⁶³ De manera que esta manifiesta predilección por la *verdad objetiva* parece descuidar la importancia de las apreciaciones, las opiniones, y los puntos de vista divergentes, que –en el campo de la libertad de expresión– parecen ser más relevantes que una verdad única y absoluta. Una libertad de expresión que tenga como modelo lo que se acepta como verdadero, o lo que es verificable, inhibe las potencialidades de la imaginación y de la capacidad de creación, condenándonos inexorablemente al estanca-

57 Cf. *Riley v. National Federation of Blind of N.C., Inc.*, 487 U.S. 781 (1988).

58 Cf. *Lingens v. Austria*, sentencia del 8 de Julio de 1986, párrafo 46.

59 Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 42.

60 Cf. *ibid*, párrafo 43.

61 Cf. *ibid*, párrafo 45.

62 Cf. C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, New York / Oxford, 1989, p. 6.

63 Cf. *ibídem*.

miento; además, la tesis que comentamos parte de la premisa que la veracidad o realidad del mensaje puede ser constatada por “individuos racionales”, que están en capacidad de controlar las percepciones de los demás, y la comprensión que cada uno tenga del mundo.⁶⁴ Si la libertad de expresión tiene algún sentido, el ejercicio de la misma no puede estar sujeto a que se produzca evidencia de la verdad de lo que se dice o se publica, o de la verdad del mensaje que se intenta transmitir; cualquier otra cosa implicaría aceptar un sistema de censura y coartar el pluralismo cultural propio de una sociedad democrática. En este sentido, es importante subrayar que, desde comienzos del siglo XX, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que, en virtud de la misma razón de su existencia, la libertad de expresión no depende de la prueba de la verdad.⁶⁵ Curiosamente, para Milton, al igual que para Mill, el valor de la libertad de expresión radicaba primordialmente en el campo de las ideas y de la discusión política; las dos esferas en que probablemente estaba pensando Oliver Wendell Holmes cuando señalaba que la verdad es una noción relativa.

El art. 20, N° 1 letra d), de la Constitución de España, indica que se reconocen y protegen los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión; no obstante, el párrafo 2 del mismo artículo dispone que el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa, y el párrafo 5 señala que sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, en virtud de resolución judicial. Pero incluso en un sistema constitucional como éste, en donde se consagra el derecho a comunicar o recibir libremente *información veraz* por cualquier medio de difusión, el Tribunal Constitucional español ha interpretado esta disposición muy restrictivamente, señalando que la libertad de expresión comprende la libertad de errar, y que otra actitud sería entrar en el terreno del dogmatismo, pues la afirmación de la verdad absoluta –conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información– es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa.⁶⁶ De manera que el citado tribunal se ha negado a pronunciarse sobre el acierto o desacierto en el planteamiento de los temas, o sobre la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, y ha rechazado emitir juicios de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, que por su propia naturaleza estarían desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta.⁶⁷ Además, la exigencia de veracidad de la infor-

64 Cf. *ibid*, p. 7.

65 *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907).

66 Cf. la sentencia N° 176/1995, del 11 de diciembre de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 1421/1992, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 12 de enero de 1996, N° 11 (suplemento).

67 Cf. *ibídem*.

mación como requisito para merecer la protección del ordenamiento jurídico se ha entendido sólo en el sentido de exigir en quien la difunde el propósito de *buscar* la verdad a través de una especial diligencia, a fin de contrastar debidamente la información, asegurando la seriedad del esfuerzo informativo;⁶⁸ en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español parece coincidir con la de la Corte Suprema de los estados Unidos, en cuanto la referencia a la *información veraz* que se hace en la Constitución española no demanda una comprobación de la verdad, sino que requiere solamente un esfuerzo razonable por averiguar la verdad o, lo que es lo mismo, que no haya un desprecio temerario por la verdad; por consiguiente, “la veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo”⁶⁹. De manera que, en los casos en que se ha planteado la aplicación de esta disposición, se “ha tenido por probada la veracidad de las informaciones, desdeñando determinadas imprecisiones de carácter técnico-jurídico y ajustándose, con ello, al concepto jurisprudencial de *veracidad* como constatación diligente de la realidad de lo informado y no como necesaria adecuación, en todos sus extremos, a la verdad objetiva del hecho noticiado”.⁷⁰

Además del art. 20, N° 1 letra d), de la Constitución española, que ya hemos comentado, el art. 20 de la Constitución Colombiana de 1991 también establece, *inter alia*, que se garantiza a toda persona la libertad de informar y recibir información veraz, pero inmediatamente agrega que los medios de comunicación son libres y tienen responsabilidad social, y que no habrá censura. En este sentido, los tribunales colombianos también han sido sensibles al efecto inhibitorio que disposiciones de esta naturaleza pueden tener en el ejercicio de la libertad de expresión.

Precisamente el temor de que la veracidad de la información fuese utilizada como un criterio para controlarla, durante la discusión del texto del art. 58 en la Asamblea Constituyente, muchas voces señalaron la inconveniencia de mencionar en forma explícita que la información constitucionalmente protegida es solamente la información veraz. Desde luego, esta mención parecía innecesaria, pues la información falsa es desinformación u otra cosa, pero no puede calificarse de información. Además, teniendo en cuenta que normalmente la información va acompañada de juicios de valor, en una

68 Cf. La sentencia N° 173/1995, del 21 de noviembre de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 2339/1994, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 28 de diciembre de 1995, N° 310 (suplemento).

69 Sentencia N° 132/1995, del 11 de septiembre de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 923/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 14 de octubre de 1995, N° 246 (suplemento).

70 *Ibidem*.

sociedad democrática, resulta muy peligroso adjetivar la información, imponiendo la carga de probar su veracidad para que ella forme parte de la expresión constitucionalmente protegida. Lamentablemente, el texto finalmente aprobado incluyó la controversial referencia a la veracidad de la información. Al interpretar esta disposición, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que comentamos incorpora parcialmente la tesis sustentada por el Tribunal Constitucional español, sosteniendo que, “cuando la información ha sido supuestamente contrastada por el medio antes de su divulgación, aunque tenga errores o inexactitudes, la información puede considerarse veraz, ya que tiene una correspondencia básica con la realidad, y no puede exigirse a quien busca la información, que va a beneficiar a las personas que tienen derecho a ella, una meticulosidad y exactitud que choca con la rapidez sobre la captura de la noticia, con la dificultad de comprobar la fiabilidad de la fuente de la misma (la cual muchas veces es oficial) o con las circunstancias –a veces oscuras- como sucede con los hechos que interesan al público”⁷¹. Sin embargo, confundiendo opinión con información, esa misma sentencia señala que “es un atentado a la información veraz e imparcial tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros, mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores”⁷². En realidad, resulta difícil comprender qué relación puede tener con la veracidad de la información el que un medio tenga una determinada tendencia ideológica, o con la circunstancia de que no haya suficiente equilibrio entre el número de columnistas identificados con una u otra corriente de opinión.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor.”⁷³ Según la Corte Interamericana, “un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad.”⁷⁴ Asimismo, en su informe sobre las leyes de desacato, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó que:

71 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de *Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia*, Sentencia 1.013, del 12 de junio de 2001.

72 *Ibidem*.

73 Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 33.

74 *Ibid*, párrafo 77.

“Inclusive las leyes que permiten esgrimir la verdad como defensa (en juicios por difamación) inhiben inevitablemente el libre flujo de ideas y opiniones al transferir la carga de la prueba al que expresa sus opiniones. Este es especialmente el caso de la arena política en donde la crítica política en donde la crítica política se realiza frecuentemente mediante juicio de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba. De manera que una norma que obligue al crítico de los funcionarios públicos a garantizar las afirmaciones fácticas tiene consecuencias perturbadoras para la crítica de la conducta gubernamental. Dichas normas plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado por su crítica”⁷⁵.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha enfatizado que la libertad de expresión, en virtud de la misma razón de su existencia, no depende de la prueba de la verdad de lo que se afirma, pues esto sería un primer paso a un completo sistema de censura⁷⁶.

En una formulación moderna de la tesis en que se sustenta el requisito de la veracidad de la información, la libertad de expresión debería entenderse en términos de su contribución a la expansión del conocimiento; es decir, debería percibirse como un instrumento que estimula y hace posible el crecimiento de la información y de las ideas disponibles. No como un instrumento para inhibir el debate político o de otro tipo.

5. *La degradación de la función de los medios de comunicación*

Junto con descalificar las expresiones de contenido comercial, el hilo conductor de esta sentencia es el afán de regular la función de los medios de comunicación. En una sentencia tan larga, que se extiende en una interpretación de la libertad de expresión y del derecho a la información propia del realismo mágico, y que corresponde a las ideas del presidente Chávez en cuanto al papel de los medios de comunicación, curiosamente no hay una sola referencia al efecto pernicioso que las cadenas de radio y televisión tienen en el ejercicio de esos derechos. Sin duda, libertad de expresión y libertad de prensa no son la misma cosa; pero no se puede ignorar que esta última se sitúa en el corazón de la libertad de expresión, y que cumple un papel fundamental en una sociedad democrática.

Hasta hace poco tiempo, la doctrina y la jurisprudencia habían rechazado que los mensajes comerciales formaran parte de la expresión protegida;

75 Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en *Informe Anual de la Comisión IDH - 1994*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pp. 219 y sig.

76 Cf. *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907), y *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

por lo demás, se consideraba que ellos también podían tener efectos negativos respecto de mensajes de carácter científico, literario, o incluso políticos. Sin embargo, recientemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha recordado que los panfletos de Tomas Paine no fueron distribuidos gratuitamente,⁷⁷ y que los anuncios comerciales han sido parte de la cultura estadounidense a lo largo de la historia, desde la época de la colonia cuando el público dependía de mensajes comerciales para obtener información vital acerca del mercado, y cuando los periódicos desplegaban anuncios comerciales de bienes y servicios en sus primeras páginas, y los voceros anunciaban el precio de mercancías en la plaza pública; de manera que, de acuerdo con ese papel histórico desempeñado por los mensajes comerciales, el Derecho se habría desarrollado para asegurar que los anuncios comerciales proporcionen a los consumidores información precisa acerca de los bienes y servicios disponibles.⁷⁸ El citado tribunal, que hasta 1975 le negaba protección constitucional a la expresión comercial, ese año sostuvo que era un error afirmar que la expresión comercial no tenía derecho a la garantía constitucional de la libertad de expresión, o que carecía de valor en el mercado de las ideas,⁷⁹ y al año siguiente señaló que un anuncio que simplemente invita a realizar una transacción comercial no está enteramente alejado de la exposición de ideas, pudiendo ser de tanto interés como el debate político de los asuntos más urgentes.⁸⁰ Si bien se le ha atribuido una posición subordinada en la escala de valores que la libertad de expresión pretende promover,⁸¹ finalmente, el citado tribunal ha extendido dicha protección a los mensajes de contenido comercial. A juicio de la Corte,

“El mercado comercial, al igual que otras esferas de nuestra vida social y cultural, proporcionan un foro donde florecen las ideas y las informaciones. Mientras algunas de esas ideas e informaciones son vitales, otras son de escaso valor. Pero la regla general es que sean el orador y la audiencia, no el gobierno, quienes evalúen el valor de la información presentada. En consecuencia, incluso una comunicación que no hace otra cosa que proponer una transacción comercial tiene derecho a la protección de la Primera Enmienda”⁸².

Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, los anuncios comerciales, aunque a veces puedan parecer de mal gusto, forman parte de la di-

77 Cf. *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943).

78 Cf. *44 Liquormart, Inc., et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

79 Cf. *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975).

80 Cf. *Virginia State Bd. Of Pharmacy v. Virginia Cit. Council*, 425 U.S. 748 (1976).

81 Cf. *Ohralik v. Ohio State Bar Assn.*, 436 U.S. 447 (1978).

82 *Virginia State Bd. Of Pharmacy v. Virginia Cit. Council*, 425 U.S. 748 (1976).

seminación de información en cuanto a quién está produciendo y vendiendo qué productos, para qué propósito, y a qué precio; mientras se preserve una economía basada en la libre empresa, la distribución de recursos se hará a través de numerosas decisiones económicas tomadas por los particulares, y que esas decisiones sean inteligentes y bien informadas es un asunto del mayor interés público. De manera que el libre flujo de información comercial es indispensable y está protegido por la garantía constitucional de la libertad de expresión.⁸³ La circunstancia de que el Estado pueda regular libremente las transacciones sobre bienes y servicios no autoriza a concluir que el Estado tiene igual potestad para regular la información que se pueda proporcionar acerca de esos bienes y servicios.⁸⁴

Pero es importante subrayar que, independientemente de que a la expresión comercial se le confiera una protección plena o limitada, a diferencia de lo que hace la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, nunca se había entendido que la prensa formaba parte de la misma. En realidad, por mensajes comerciales se ha tenido únicamente a aquellos que invitan a realizar una transacción económica, y no aquellos que, independientemente de que puedan venderse –como un libro o un disco– contienen informaciones e ideas de otro tipo.

Lo grave, en este caso, no es que se disminuya el valor de la expresión comercial, sino que, por esta vía, se pretenda descalificar a la prensa. No se puede ignorar que, con mucha frecuencia, la prensa es la primera víctima bajo regímenes autoritarios que, por el simple hecho de ser portadora de malas noticias, la convierten en el enemigo a combatir y derrotar. En consecuencia, el papel que, en una sociedad democrática, le corresponde a los medios de comunicación, como vehículo que hace posible el ejercicio de la libertad de expresión y que expande sus posibilidades, es algo innegable; en tal sentido, en la Declaración de Windhoek se subrayó la importancia de apoyar financieramente el desarrollo y establecimiento de periódicos y revistas que reflejen la sociedad como un todo, y los diferentes puntos de vista dentro de la comunidad a la que sirven.⁸⁵ Asimismo, en el proyecto de declaración sobre libertad de información, aprobado por el Consejo económico y Social de la ONU, se señala que los diarios, los periódicos, los libros, la radio, la televisión, el cine y otros medios de información desempeñan un papel importante, pues permiten a los hombres adquirir el conocimiento de

83 Cf. *Ibidem*.

84 Cf. 44 *Liquormart, Inc., et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

85 Cf. el párrafo 10 de la declaración adoptada el 3 de mayo de 1991, en el Seminario sobre la Promoción de una Prensa Pluralista e Independiente en África, celebrado con el patrocinio de la UNESCO en Windhoek, Namibia, del 29 de abril al 3 de mayo de 1991. La referida Declaración recibió el respaldo de la Conferencia General de la UNESCO, en su vigésimo sexta sesión, celebrada en 1991.

los asuntos públicos necesario para cumplir sus deberes cívicos y orientan las actitudes recíprocas de los pueblos y naciones.⁸⁶ Por consiguiente, teniendo en cuenta su función en una sociedad democrática, en el caso de los medios de comunicación, es vital que cualquier limitación a la libertad de expresión se interprete restrictivamente.⁸⁷

La Corte Interamericana ha sostenido que, en su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios; en opinión de ese alto tribunal, cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas *por cualquier... procedimiento*, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.⁸⁸ Además, en la medida en que los Estados partes en los instrumentos internacionales de derechos humanos se comprometen tanto a respetar como a *garantizar* los derechos que allí se consagra, la Corte Interamericana ha observado que la libertad de expresión se puede ver afectada sin la intervención directa de la acción estatal, y que tal supuesto podría configurarse, por ejemplo, cuando, por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se impide, en la práctica, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.⁸⁹ Según la Corte, “son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera que sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”⁹⁰. En realidad, la Corte Interamericana ha llegado al extremo de afirmar que el periodismo es la *manifestación primaria y principal* de la libertad de expresión, la cual no

86 Cf. la resolución N° 756 (XXIX), del 21 de abril de 1960.

87 En este sentido, cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of The Observer and Guardian v. The United Kingdom*, sentencia de 26 de noviembre de 1991, párrafo 59, letras (a) y (b).

88 Cf. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 31, y Corte IDH, *Caso Iucher Bronstein (Baruch Iucher Bronstein vs. Perú)*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 147.

89 Cf. *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 56.

90 *Ibid*, párrafo 34.

puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público.⁹¹ La Corte no admite que haya oposición entre la libertad de expresión y el ejercicio del periodismo como actividad remunerada, lo cual, si se llevara a sus últimas consecuencias, encerraría serios peligros; en opinión de la Corte, “el ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión... ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado. Además, la consideración de ambas cuestiones como actividades distintas, podría conducir a la conclusión de que las garantías contenidas en el artículo 13 de la Convención no se aplican a los periodistas profesionales”⁹².

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión, y que es indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir, y buscar información⁹³. A juicio de la Comisión, los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente, por lo que las presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión⁹⁴.

La función esencial que cumple la prensa en una sociedad democrática también ha sido destacada por la Corte Europea de Derechos Humanos. Según el tribunal europeo, aunque la prensa no debe traspasar ciertos límites, particularmente en relación a la reputación de las personas o a los derechos de otros y a la necesidad de evitar la divulgación de información confidencial, su deber es impartir –de una manera compatible con sus obligaciones y responsabilidades- informaciones e ideas sobre todos los asuntos de interés público; según la Corte, la libertad de prensa también cubre el posible recurso a un cierto grado de exageración, o incluso de provocación. De manera que el margen de apreciación ejercido por las autoridades nacionales al restringir este derecho debe estar circunscrito por el interés de una sociedad democrática en permitirle a la prensa ejercer su función vital de *guardián de los asuntos públicos*, impartiendo información de interés público.⁹⁵ A juicio

91 Cf. *ibid*, párrafo 71.

92 *Ibid*, párrafo 74.

93 Cf. la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión IDH durante su 108º período de sesiones, décimo párrafo del preámbulo.

94 Cf. *ibid*, párrafo 13 de la parte declarativa.

95 Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 49.

del citado tribunal, el reportaje noticioso basado en entrevistas constituye uno de los medios más importantes a través de los cuales la prensa puede desempeñar su papel de *guardián de los asuntos públicos*; si bien los métodos para un reportaje objetivo y balanceado (que la Corte asume como una condición necesaria) pueden variar considerablemente dependiendo, entre otras cosas, del medio en cuestión, no le corresponde a los tribunales –ya sean nacionales o internacionales– decidir sobre la técnica de reportaje que debería adoptarse por los periodistas.⁹⁶

6. *El vilipendio y el terrorismo comunicacional*

En una proclama del rey Jaime I de Inglaterra, del 24 de diciembre de 1620, se formulaban objeciones a *las excesivamente profusas y licenciosas expresiones en asuntos de Estado*, y a la circunstancia de que la libertad de expresión no se extendía a los asuntos de Estado, que no eran *un tema apropiado para personas vulgares*.⁹⁷ No obstante, en el curso de los últimos cuatro siglos ha quedado firmemente demostrado que, si hay una esfera en la cual se justifica la libertad de expresión es precisamente en el ámbito de la crítica política. Por el contrario, éste no parece ser el criterio del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

En su sentencia, la Sala Constitucional invoca una serie de leyes que interfieren con la libertad de expresión y, sin ninguna explicación, da por supuesto que ellas son compatibles con la actual Constitución o con los tratados ratificados por Venezuela en materia de libertad de expresión. No hay ningún análisis sobre la necesidad de esas restricciones en una sociedad democrática, o sobre su proporcionalidad, a fin de evitar que ellas interfieran con la libertad de expresión más allá de su estricta necesidad y en función de fines legítimos. Simplemente, se les menciona como parte de los “muchos otros delitos y hechos ilícitos (que) pueden producir la libertad de expresión,” y se recuerda que, según el art. 57 de la Constitución, quien ejerce dicho derecho “asume plena responsabilidad por todo lo expresado”. Entre estas disposiciones se cita los artículos 223 y 226 del Código Penal, que sancionan el vilipendio a funcionarios públicos o a cuerpos públicos, y se señala que “la libertad de expresión... tiene que respetar los derechos de las demás personas, por lo que su emisión genera responsabilidades ulteriores para su emisor, en muchos casos compartidas con el vehículo de difusión, sobre todo cuando éste se presta a un terrorismo comunicacional, que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones”.

⁹⁶ Cf. *ibid*, párrafo 57.

⁹⁷ Cf. Leonard W. Levy, “Emergence of a Free Press” (Revised and enlarged edition of *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*), Oxford University Press, New York / Oxford, 1985, p. 4.

Debe llamarse la atención del lector sobre el hecho de que -tanto en el texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- se protege a la persona de ataques *ilegales* a su honra o reputación. En consecuencia, parece obvio concluir que, en ciertas circunstancias, un ataque a la honra o a la reputación de las personas puede resultar lícito, y probablemente legítimo. A nuestro juicio, ello parece especialmente claro en el caso de hechos de trascendencia pública, o en casos en que se encuentre involucrado el interés colectivo, y que lleven a cuestionar la honorabilidad u honradez de una figura pública; porque, en efecto, existe un interés legítimo por parte de los integrantes del grupo social en cuanto a discutir aquellos asuntos que afectan sus propias vidas: según el Tribunal Constitucional español, esos asuntos de relevancia pública o interés general se caracterizan por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen.⁹⁸ Por consiguiente, la rectitud y honestidad de aquellos a quienes se les ha encomendado la administración de los negocios públicos, y la protección de la reputación de las personas, no se pueden utilizar como un escudo para impedir o coartar el debate político. Como señalara la Corte Suprema de los Estados Unidos en el *Caso New York Times Co. v. Sullivan*, una nación puede vivir en paz cuando se rechazan los juicios por difamación entablados por un funcionario público en relación con asuntos de interés público; pero difícilmente es posible que un país pueda vivir en libertad cuando a los miembros del cuerpo social se les puede castigar por criticar a su gobierno, porque una democracia deja de existir en el mismo momento en que se exonera a los funcionarios públicos del deber de responder frente a sus mandantes.⁹⁹ Esta sentencia, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela no tuvo a la vista, y que cita por mera referencia a un pasaje aislado citado en un libro, no impide la crítica a los funcionarios públicos o a las instituciones del Estado; muy por el contrario, la estimula.

Son muchas las circunstancias que pueden contribuir a detectar el interés público que despierta un asunto. En un caso de supuesta difamación que tenía como antecedente un largo y acalorado debate público sobre la investigación de denuncias sobre violencia policial en la ciudad de Bergen, en Noruega, la Corte Europea de Derechos Humanos constató que la recurrencia, la naturaleza, y la dimensión de la violencia policial habían sido investigadas por académicos calificados, por un comité de investigación, y por el Fiscal General, que el tema había sido objeto de controversia tanto en la literatura como en la prensa y en los tribunales, y que la misma Corte

98 Cf. SSTC 107/88, 171/90, 172/90.

99 Cf. la opinión concurrente del juez Black, a la que se une el juez Douglas, en *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

Suprema de Noruega había señalado que las expresiones controvertidas se referían a un asunto del mayor interés público; en consecuencia, la Corte reiteró su jurisprudencia, señalando que, en el art. 10 No. 2 de la Convención Europea, hay muy poco margen para restringir la libertad de expresión política o el debate sobre cuestiones de interés público.¹⁰⁰ Por otra parte, cuando se están haciendo señalamientos de brutalidad policial, que puedan percibirse como una forma de difamación de una categoría de personas, no debe perderse de vista la necesidad de ejercer una estricta supervisión sobre el uso que se haga de la fuerza precisamente en nombre de la sociedad. Porque si bien los Estados tienen el monopolio de la fuerza para proteger la democracia y el Estado de Derecho, ese monopolio lleva consigo el riesgo de que se abuse de la fuerza, en detrimento de los mismos valores que se supone que la sociedad debe preservar; de manera que el abuso de la fuerza por parte de los oficiales encargados de hacer cumplir la ley no es, simplemente, uno de los muchos asuntos de interés general, sino que es un asunto del mayor interés en toda sociedad democrática, como se desprende de la adopción, en 1984, de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, seguida en 1985 por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y en 1987 por la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y los Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes.¹⁰¹ Por el contrario, en el *Caso Andreas Wabl v. Austria*, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que era dudoso si un artículo de prensa, en el que se insinuaba que un miembro del parlamento padecía de SIDA, contribuía a un debate de interés general; según el tribunal europeo, incluso teniendo en cuenta que la persona afectada por ese reportaje es un político, que inevitablemente y a sabiendas se ha sometido al escrutinio público, debiendo demostrar un mayor grado de tolerancia frente a la crítica, el citado artículo constituía un comprensible motivo de indignación y podía considerarse difamatorio.¹⁰²

En lo que concierne a ese trato preferente que se le ha conferido a la libertad de expresión cuando ella está referida a asuntos de trascendencia pública, incluso frente a expresiones difamatorias, la evolución experimentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos es

100 Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 46. Cf., también, *Case of Wingrove v. the United Kingdom*, sentencia del 25 de noviembre de 1996, párrafo 58, y *Case of Sürek v. Turkey (N 1)*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 61.

101 Cf., en este sentido, la opinión disidente de los jueces Kuris, Türmen, Stráznická y Greve, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999.

102 Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Andreas Wabl v. Austria*, Sentencia del 21 de marzo de 2000, párrafo 42.

digna de especial mención. Inicialmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que la administración del Estado había llegado a ser más compleja, que las oportunidades para desaguisados y actos de corrupción se habían multiplicado, que el crimen había crecido en proporciones preocupantes, y que el peligro de encontrarse desprotegidos por la conducta de los agentes del Estado y de ver comprometida la seguridad de la vida y de la propiedad como resultado de las alianzas criminales y la negligencia oficial, enfatizaban la necesidad primordial de una prensa vigilante y valiente. El hecho de que la libertad de prensa pudiera ser objeto de abusos por malévolos proveedores de escándalos no hacía menos necesaria la inmunidad de la prensa frente a la censura previa en lo que se refería a la conducta oficial; en estas circunstancias, según la Corte Suprema de los Estados Unidos, un remedio compatible con el privilegio constitucional de la prohibición de la censura previa sería el castigo posterior de tales abusos.¹⁰³ Mientras en una primera etapa se estimó que las expresiones difamatorias no estaban protegidas por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y que ellas constituían una excepción a la libertad de expresión amparada por ésta,¹⁰⁴ en una segunda etapa -cuyo inicio lo marcó la decisión en el *Caso New York Times Co. v. Sullivan*-, como se verá más adelante, ese mismo alto tribunal adoptó un criterio mucho más estricto para ponderar los procesos por difamación en cuanto restricciones legítimas a la libertad de expresión, exigiendo un examen más estricto en el caso de las figuras públicas, y señalando que ni el error de hecho ni el contenido difamatorio de una expresión son suficientes para privar de protección constitucional a las críticas que se formulen a la conducta de los funcionarios públicos.¹⁰⁵ Ese ciclo parece haberse cerrado con decisión de la Corte en el *Caso Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, que confiere a la negligencia periodística un mayor grado de protección, no obstante el mayor daño que, aparentemente, se pueda haber causado a la víctima.¹⁰⁶

En el caso de un editorial de un periódico de Canarias, fustigando duramente la posición de otro medio de comunicación respecto de un asunto de interés público, el Tribunal Constitucional español expresó que se trataba de una disputa entre medios de comunicación que sostenían criterios discrepantes sobre cuestiones de interés social y económico para Canarias, y que se circunscribían a una crítica acerba sobre la actuación pública y publicada de los querellantes en un proceso por difamación, sin interferir para

103 Cf. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

104 Cf. su decisión en el *Caso Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), y también *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

105 Cf. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

106 Cf. *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 401 U.S. 295 (1971).

nada en la esfera de su vida privada;¹⁰⁷ a juicio del tribunal, por las acusadas posiciones contrapuestas que sobre la actividad de las cajas de ahorro mantenían los dos medios de comunicación, esa crítica debía ser admitida con tolerancia por quienes, ejerciendo la misma actividad, utilizaban su pluma con estilo más o menos ácido para sostener y proyectar en la opinión pública el punto de vista que entienden más adecuado sobre una materia de interés general.¹⁰⁸ Por consiguiente, el tribunal consideró que no podía calificarse de exceso o desproporción en el ejercicio de la libertad de información las expresiones ciertamente ácidas y críticas que en dicho editorial se vertían, sino que, por el contrario, de adecuadas y proporcionadas a la naturaleza del mensaje que se pretendía transmitir a la opinión pública.¹⁰⁹ De manera más contundente, en este mismo caso, así como en otro asociado con él, el juez Tomás Vives Antón sostuvo que la libertad de expresión, y en concreto la libertad de crítica a la actuación de los personajes públicos, necesita un amplio espacio para desarrollarse y, aunque en casos como el presente no resulte directamente menoscabada, el recurso a la vía penal puede afectarla indirectamente, desalentando su ejercicio más allá de lo que resulta tolerable en un régimen de libertad de expresión como el que consagra la Constitución española; de acuerdo con Vives Antón, si bien la libertad de expresión no comporta un derecho al insulto, las expresiones insultantes vertidas en el presente caso no son lo suficientemente fuertes, ni se hallan lo bastante separadas de la crítica que se efectúa en el artículo de prensa enjuiciado, como para que el recurso al derecho penal no resulte exorbitante y no comporte un peligro manifiesto de confusión y desánimo en quienes ejercen la crítica pública; por consiguiente, la mera posibilidad de que se castigue penalmente el exceso en la crítica parece, a juicio de Vives Antón, contrario al contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de expresión.¹¹⁰

Ciertamente, en cualquier sociedad democrática, la crítica política es un asunto de la mayor trascendencia pública, que confiere a la libertad de expresión una posición preferente frente a otros derechos. No debe olvidarse que ésta es una garantía del individuo frente al Estado, y no a la inversa; porque, mientras el Estado no necesita protegerse de los ciudadanos, estos

107 Cf. la sentencia N° 79/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 3696/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, N° 147 (suplemento).

108 Cf. *ibidem*.

109 Cf. *ibidem*.

110 Cf. su voto particular en la sentencia N° 79/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 3696/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, N° 147 (suplemento). También, su voto particular en la sentencia N° 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 3694/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, N° 147 (suplemento).

últimos deben contar con mecanismos que les permitan juzgar y evaluar el ejercicio del poder. Sin embargo, es precisamente la crítica política la que, con mayor frecuencia, genera reacciones contrarias por parte de las autoridades del Estado, confiriendo un nivel más elevado a la reputación de las personas y relegando la libertad de expresión a un segundo plano. Por otra parte, mientras en la misma Inglaterra los estatutos medievales señalaban que la esencia del delito de difamación sediciosa radicaba en la falsedad de lo que se afirmaba, en 1606 la Cámara Estrellada decidió que la verdad o falsedad de lo afirmado no era relevante, pues si lo aseverado era verdadero el daño a la reputación del gobierno, o de alguno de sus funcionarios, era todavía más peligroso para la paz pública; esa doctrina se continuó aplicando en Inglaterra, aun después de la desaparición de la Cámara Estrellada.¹¹¹

Una de las más tempranas manifestaciones de ese afán por brindar mayor protección a la reputación de las personas que al debate político se reflejó en la Ley de Sedición aprobada en Estados Unidos el 14 de julio de 1798, por iniciativa del presidente Adams, cuando ese país se encontraba al borde de la guerra con Francia, y fue duramente criticada precisamente por interferir con el debate político. Según la mencionada ley, se sancionaba como delito "cualquier publicación falsa, escandalosa o maliciosa... en contra del gobierno de los Estados Unidos, o de cualquiera Cámara del Congreso... o del Presidente... con intención de difamarlos... o de exponerlos al desprecio o al descrédito..." Entre las víctimas de esta ley se encontró un miembro de la Cámara de Representantes por el Estado de Vermont, Matthew Lyon, quien fue sentenciado a cuatro meses de prisión y 1.000 dólares de multa por haber criticado al presidente Adams, caracterizándolo como un hombre que se aferraba continuamente al poder, que tenía una ilimitada sed por la pompa ridícula y la adulación disparatada, y por condenar la política de su gobierno hacia Francia. En 1800, dos años después de haber sido promulgada, con el triunfo de Jefferson como Presidente, una vez que éste asumió su cargo, dicha ley fue derogada y repudiada.

Además de ese cambio legislativo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos comenzó a prestar mayor atención a lo que ciertamente puede incluirse en esa zona de *ataques legales* al derecho al honor, y que reviste extraordinaria importancia en una sociedad democrática, como es la crítica política, que eventualmente puede lesionar el honor o la reputación de quienes desempeñan funciones de gobierno. Porque las responsabilidades que entraña este derecho no pueden llegar al extremo de coartar el debate político e impedir que se cuestione la conducta de los gobernantes o de quienes ejercen funciones públicas, por muy duras y mortificantes que sean las expresiones que se empleen para ello; la defensa del ho-

111 Cf. *ibid.*, p. 7.

nor o la reputación no puede ser esgrimida como un instrumento para acallar o intimidar a los medios de comunicación, o a quienes mantienen una posición crítica respecto de hechos o situaciones de interés público que consideran inaceptables. Pero, como señala Erin Skold, recordando el escándalo del presidente Clinton con Mónica Lewinsky, no siempre es fácil separar la vida privada de lo que forma parte de la actividad pública de un personaje; porque si bien un acto de infidelidad marital o de actividad sexual es, en principio, un asunto privado, en ese caso los encuentros sexuales ocurrieron en la oficina presidencial, y en ese momento la señorita Lewinsky era una pasante trabajando para la Casa Blanca.¹¹²

Sin duda, cuando lo que está en juego es el interés colectivo, parece legítimo cuestionar la rectitud, honorabilidad u honradez de una figura pública, por lo que expresiones de esa naturaleza no podrían calificarse de injuriosas; después de todo, así como los dirigentes políticos se han ofrecido para administrar nuestros bienes y nuestros destinos, como contrapartida, nosotros tenemos derecho a juzgar y fiscalizar tanto su conducta como su rectitud de propósitos. Este criterio ha sido acogido por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde hace mucho tiempo; en efecto, en el *Caso Crayg v. Harney*, en que el tribunal inferior había condenado a los peticionarios por desacato al tribunal, sancionándolos con arresto por haber publicado un comentario crítico del comportamiento y las decisiones adoptadas por el juez de ese tribunal en un caso particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos se inclinó en favor de la libertad de expresión, indicando que “se supone que los jueces son hombres de fortaleza, capaces de prosperar en un clima endurecido... Los jueces que se presentan para la reelección ofrecen su hoja de servicios; ese puede ser un ambiente muy rudo. La crítica es inevitable, y la discusión de su conducta, si no es necesaria, por lo menos es apropiada”¹¹³. El Tribunal Constitucional español llegó a la misma conclusión en un caso en que se denunciaba un editorial de *El País* -titulado *Un Tribunal contra la historia*- y un artículo publicado por el mismo periódico, criticando una decisión judicial y a los jueces que la dictaron. En el editorial se calificaba esa decisión judicial como un acto pueril contra el curso de la historia, se afirmaba que con ella se pretendía mantener los privilegios de una minoría, y que dicha resolución judicial se inscribía en la más pura táctica del filibusterismo a que recurría la derecha reaccionaria, desesperada frente a la inexistencia de una alternativa de derecha democrática y moderna, capaz de desalojar a los socialistas en el poder; por su parte, en el artículo periodístico se

112 Cf., *Title Match: Jesse Ventura and the right of publicity vs. The public and the First Amendment*, en *Minnesota Intellectual Property Review*, Vol. 1, 2000, p. 120.

113 *Crayg v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947), reproducida por Marc A. Franklin, en *Mass Media Law: Cases and Materials*, The Foundation Press, Inc., Mineola, N.Y., 1977, pp. 279 y sig.

destacaba la coincidencia de dicha sentencia con la posición del grupo parlamentario del Partido Popular, y se indicaba la edad de los magistrados que la adoptaron, señalando el parentesco de uno de ellos con quien había sido presidente de una de las salas del Tribunal Supremo en la última etapa franquista y, posteriormente, defensor de algunos de los implicados en la intencional golpista del 23 de febrero de 1981. En opinión del Tribunal Constitucional, tanto en el editorial como en el artículo antes referido se hacía una crítica general de la resolución judicial adoptada, en la medida en que se le consideraba impregnada de una determinada ideología, sin que la atribución de esa posible vinculación ideológica pudiera entenderse en sí misma como un insulto, ni constituir por sí misma una injerencia en el honor de los afectados;¹¹⁴ según ese alto tribunal, “los jueces y tribunales constituyen uno de los poderes del Estado administrando la justicia que emana del pueblo en nombre del Rey, estando sometidos únicamente al imperio de la Ley... Al actuar así, han de interpretar las leyes que han de aplicar, esto es han de descubrir su sentido y alcance, y esa tarea, muy difícil, compleja y comprometida, está sometida al control de los correspondientes recursos y a la censura social, como lo están los otros dos poderes del Estado”¹¹⁵. En su opinión,

“Aunque las críticas realizadas por los periodistas son duras y puedan no compartirse e incluso considerarse improcedentes, el Tribunal Central de Trabajo, al plantear una cuestión de inconstitucionalidad, no fue más allá del ejercicio legítimo de sus funciones..., pero los recurrentes no traspasaron los límites constitucionalmente protegidos por las libertades de expresión e información. No contienen, de un lado, ninguna acusación de prevaricación y tampoco puede considerarse que supongan –como parece entenderlo el Tribunal Supremo– una violación de la independencia judicial que la Constitución garantiza y que constituye pieza clave del Estado de Derecho, sin que por otra parte pueda desconocerse que de haber estado efectivamente en juego la independencia de los Magistrados la vía más adecuada para su tutela no sería, posiblemente, la civil de tutela del derecho al honor... (L)a independencia del Poder Judicial constitucionalmente garantizada, lo es respecto de la adopción de decisiones por los órganos judiciales, pero no se ve afectada por la opinión que de las mismas puedan expresar los ciudadanos, quienes pueden legítimamente criticarlas siempre que no traspasen los límites ya referidos”¹¹⁶.

Algunos años después de la sentencia antes mencionada, cuando en los Estados del sur de los Estados Unidos se recurrió a los procesos por di-

114 Cf. la sentencia N° 173/1995, del 21 de noviembre de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 2339/1994, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 28 de diciembre de 1995, N° 310 (suplemento).

115 *Ibidem*.

116 *Ibidem*.

famación como una forma ordinaria de reprimir al movimiento en favor de los derechos civiles de los ciudadanos negros,¹¹⁷ este mismo tribunal, en el *Caso New York Times Co. v. Sullivan*, hizo extensivo este criterio a otros funcionarios públicos, agregando que "la crítica de la conducta oficial no pierde su protección constitucional simplemente porque sea una crítica efectiva y, en consecuencia, disminuya la reputación de sus oficiales"¹¹⁸. En este caso, un comisionado de policía demandó por difamación al citado periódico y a cuatro pastores protestantes negros que, el 29 de marzo de 1960, habían publicado un anuncio denunciando la persecución de las personas de raza negra en el sur de los Estados Unidos así como la brutalidad policial de que eran víctimas, y solicitando respaldo en su lucha por obtener el derecho a votar; aunque dicho comisionado de policía no era mencionado como personalmente responsable de la brutalidad policial, éste sostuvo que -en la medida que sus deberes incluían la supervisión de la policía- se le asociaría con esos comentarios críticos que se le hacían a ésta y demandó civilmente al *New York Times* y a cuatro de las personas que aparecían firmando el anuncio, por la suma de U.S. \$ 500.000 a cada uno, demanda que fue acogida por los tribunales del Estado de Alabama. No obstante, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó esa sentencia, considerando que el anuncio en cuestión constituía "... una expresión de los motivos de queja y de protesta sobre uno de los temas de mayor importancia pública de nuestro tiempo, (y que) claramente parece calificar para la protección constitucional"¹¹⁹. En cuanto a si se pierde la protección constitucional por la existencia de afirmaciones falsas o erróneas -como las que, de hecho, había en el anuncio en cuestión-, la Corte observó que la protección constitucional de la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad, o utilidad social de las ideas y creencias que se ofrecen; en su opinión, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y deben estar protegidas si la libertad de expresión va a disponer del *espacio para respirar* que ella necesita para sobrevivir.¹²⁰ Teniendo presente que el comisionado de policía había demandado civilmente y obtenido una indemnización civil por difamación, la Corte sostuvo que, lo que constitucionalmente un Estado no podía hacer por medio de su legislación penal, estaba igualmente fuera del alcance de su legislación civil por difamación; en su opinión, el temor a una indemnización civil podía ser marcadamente más inhibitorio que el miedo de una acusación penal.¹²¹ Además, la Corte observó que, en este caso, la indemnización civil conferida

117 Cf., en este sentido, Anthony Lewis, *Make no Law: The Sullivan Case and the First Amendment*, Random House, New York, 1991, p. 35.

118 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

119 *Ibidem*.

120 Cf. *ibidem*.

121 Cf. *ibidem*.

al demandante -sin necesidad de ninguna prueba de una pérdida pecuniaria efectiva- era mil veces más grande que la multa máxima prevista por la legislación penal del Estado de Alabama, y cien veces más grande que la que contemplaba la antigua -y ya derogada- ley de sedición; esa es una atmósfera en que la libertad de expresión no puede sobrevivir.¹²² A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la garantía constitucional de la libertad de expresión prohíbe a un funcionario público demandar daños por aseveraciones falsas que lo difamen si tales aseveraciones se refieren a su conducta oficial, a menos que pruebe que esa aseveración se hizo con *mala intención* (*real malice*) es decir con conocimiento de su falsedad, o con manifiesta indiferencia por su verdad o falsedad.¹²³ Con extrema cautela, la Corte llegó incluso a advertir sobre el riesgo de utilizar la *exceptio veritatis* como defensa en estos casos; según el tribunal, permitir como defensa demostrar la verdad de lo que se afirma no significa que, en esta forma, se va a disuadir el discurso falso porque, bajo esa regla, eventuales críticos de la conducta oficial podrían verse disuadidos de expresar sus críticas, incluso si se cree que ellas son verdaderas, e incluso si ellas son -de hecho- verdaderas, debido a la duda de si se podrá probar en el tribunal, o al temor del costo de tener que hacerlo; es por ello que, según la Corte, tal regla desalienta el vigor del debate público y restringe su variedad.¹²⁴ En la sentencia recaída en este mismo caso, es interesante observar que, en las opiniones disidentes de los jueces Black, Goldberg, y Douglas, se sugiere que habría un derecho constitucional, incondicional y absoluto, a expresar opiniones críticas de la conducta oficial, de las agencias del Estado, y de funcionarios públicos, a pesar del daño que pueda derivar de los excesos y abusos de este privilegio.¹²⁵ A juicio del juez Goldberg, este privilegio absoluto del ciudadano para criticar la conducta oficial "no deja al funcionario público sin defensa frente a opiniones infundadas o relaciones de hechos equivocadas o falsas... El funcionario público tiene, ciertamente, igual -si no mayor- acceso que la mayoría de los ciudadanos particulares a los medios de comunicación"¹²⁶.

Tal conclusión es inevitable, teniendo en cuenta que uno de los propósitos de la libertad de expresión es permitir juzgar y criticar las políticas del gobierno y la conducta de aquellos que la ejecutan; si bien esa crítica puede generar la polémica, tampoco se puede olvidar que la polémica es de la esencia de la democracia. Pero incluso si se probara la *malicia* de la información, el funcionario demandante debe probar que las expresiones difamato-

122 Cf. *ibídem*.

123 Cf. Nota 56, *supra*

124 Cf. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

125 Cf. *ibídem*.

126 *Ibídem*.

rias se refieren a él.¹²⁷ En cuanto al procedimiento para determinar si las expresiones supuestamente difamatorias plantean cuestiones de interés público, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que se debe examinar el contenido, la forma, y el contexto en el que se profirieron tales expresiones.¹²⁸ Pero se trata de un interés público entendido como sinónimo de la política, y no como reflejo de lo que pueda demandar la curiosidad del público; porque, en definitiva, lo que se protege es el carácter político del mensaje, en cuanto éste concierne a la sociedad en su conjunto y tiene un carácter preferente frente a la reputación de las personas. En todo caso, la Corte ha extendido la regla antes referida incluso a quienes no son funcionarios públicos; en efecto, ella ha sostenido que dicha regla también es aplicable a un candidato al cargo de evaluador tributario de un condado, y no sólo respecto de lo que se pueda calificar como *conducta oficial*, sino que respecto de cualquier conducta delictiva que se le atribuya a un funcionario público o a un candidato a un cargo público, sin importar lo remota que ella pueda ser en el tiempo o en el espacio, siempre que sea relevante para apreciar la idoneidad de esa persona para ocupar un cargo público.¹²⁹ En cuanto a cómo determinar si la persona acusada de difamación ha actuado de buena fe, esto debe apreciarse en función de las circunstancias que rodean el caso; pero el hecho de que el autor del mensaje haya abrigado serias dudas en cuanto a la veracidad de lo que en él se afirma puede ser prueba concluyente del manifiesto descuido por la verdad.¹³⁰ Sin embargo, el mero hecho de no investigar la veracidad de la información antes de difundirla no es prueba de la mala fe.¹³¹

A pesar de que la Convención Europea de Derechos Humanos no protege explícitamente el derecho al honor, excepto por la referencia que se hace en el art. 10 N° 2 de la misma a *la protección de la reputación o los derechos de otros* como base legítima para restringir la libertad de expresión, la Corte Europea de Derechos Humanos ha prestado especial atención a los límites aceptables de la crítica en el contexto de un debate público sobre cuestiones de interés general. En el caso de un periodista austriaco condenado por difamar a través de la prensa al entonces Primer Ministro de Austria, Sr. Bruno Kreisky, la Corte Europea parece coincidir con el criterio adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos expuesto en el *Caso New York Times Co. v. Sullivan*, y comentado en párrafos precedentes.¹³² En el caso que se

127 Cf. *ibidem*.

128 Cf. *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 761 (1985).

129 Cf. *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 401 U.S. 295 (1971).

130 Cf. *St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968).

131 Cf. *ibidem*.

132 Cf., Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Lingens* (12/1984/84/131), sentencia del 8 de julio de 1986.

menciona, en el curso de una entrevista de televisión realizada pocos días antes de las elecciones generales de 1975 en Austria, Simon Wiesenthal (Presidente del Centro de Documentación Judía) acusó al Sr. Friedrich Peter, Presidente del Partido Liberal austriaco (entonces miembro de la coalición gobernante) de haber servido en la primera brigada de infantería de las SS durante la Segunda Guerra Mundial; al día siguiente, el primer ministro Kreisky declaró -en una entrevista de televisión y a través de la prensa- que apoyaba vigorosamente al Sr. Peter y se refirió a la organización y a las actividades de Wiesenthal como una *mafia política* que utilizaba *métodos mafiosos*. Es luego de estos hechos que el Sr. Lingens publicó dos artículos en la revista *Profil*, objetando los comentarios de Kreisky y expresando que, “si ellos hubieran sido hechos por otra persona, esto probablemente hubiera sido descrito como el oportunismo más rastrero”; en su opinión, “el comportamiento del Sr. Kreisky no (podía) ser criticado sobre bases racionales sino únicamente sobre bases irracionales: es inmoral e indigno”; dichos comentarios le valieron una condena por difamación, que el Sr. Lingens objetó ante los órganos de la Convención Europea de Derechos Humanos, por constituir una violación de la libertad de expresión. En opinión de la Corte Europea, la libertad de expresión (que constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para el progreso individual y la auto-realización) tiene vigencia “no sólo respecto de informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, consideradas como inofensivas, o vistas con indiferencia, sino que se extiende también a aquellas que ofenden, horrorizan o molestan. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la mente abierta, sin las cuales no hay *sociedad democrática*”¹³³. Según este tribunal, “los límites de la crítica aceptable son en consecuencia más amplios tratándose de un político que de un individuo ordinario. A diferencia de este último, el primero se expone a sí mismo, inevitablemente y a sabiendas, al escrutinio público de cada una de sus palabras y de cada uno de sus hechos, y debe, por lo tanto, desplegar un mayor grado de tolerancia”¹³⁴. La Corte admitió que el uso de expresiones como *oportunismo más rastrero, inmoral, e indigno*, para referirse al Sr. Kreisky probablemente dañarían su reputación pero, puesto que ellas se habían proferido en su condición de Primer Ministro, debía tenerse en cuenta las circunstancias en que el Sr. Lingens escribió los artículos de prensa considerados difamatorios, circunstancias que incluían un proceso electoral y la necesidad de formar una coalición gobernante, sin que tales expresiones pudieran calificarse como inusuales en el forcejeo típico de la política;¹³⁵ por lo tanto, el tribunal

133 *Ibid*, párrafo 41.

134 *Ibid*, párrafo 42.

135 *Cf. ibid*, párrafo 43.

estimó que la interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión del Sr. Lingens “no fue *necesaria en una sociedad democrática... para la protección de la reputación... de otros*; (y que) fue desproporcionada para el legítimo propósito perseguido”¹³⁶.

Asimismo, en el caso del jefe de la sección juvenil del Partido Popular Austriaco, que había sido condenado por difamación al haber emitido un comunicado de prensa en que acusaba al jefe de gobierno de Carintia y presidente de la sección provincial del Partido Socialista Austriaco de carecer de moral para solicitar la renuncia del alcalde de una pequeña localidad por haber sido condenado por un accidente de tránsito, y en el que comparaba la conducta del mencionado alcalde –que además era su compañero de partido– con la condena penal de un asistente del jefe de gobierno antes mencionado, la hoy desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que, aunque los hechos que dieron origen a esas condenas no fueran exactamente idénticos, en una sociedad democrática, los políticos debían aceptar la crítica, incluso cuando estuviera basada en comparaciones enojosas de dos incidentes que pudieran parecer distintos.¹³⁷ Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que la principal preocupación del peticionario con el comunicado de prensa que condujo a su condena por difamación había sido mostrar que el jefe de gobierno de Carintia aplicó un patrón moral mucho más estricto al alcalde de una pequeña aldea, y miembro de un partido político distinto al suyo, que a su asistente y aliado político; de manera que la intención del peticionario no fue comparar dos accidentes de tránsito desde un punto de vista legal, sino que hacer una observación sobre *moralidad política*.¹³⁸ Según la Corte, el prontuario criminal de un político, junto con su conducta pública en otros aspectos, puede ser un factor relevante al apreciar su idoneidad para ejercer un cargo público.¹³⁹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido el mismo criterio expresado en este caso por la Corte Suprema de los Estados Unidos, señalando que la libertad de expresión es el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes, respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad; el tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión inevitablemente generará discursos críticos, o incluso ofensivos, para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vin-

136 *Ibid*, párrafo 47.

137 Cf. la opinión de la Comisión en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Schwabe v. Austria*, sentencia del 28 de agosto de 1992, párrafo 28.

138 Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Schwabe v. Austria*, sentencia del 28 de agosto de 1992, párrafo 31.

139 Cf. *ibid*, párrafo 32.

culados a la formulación de la política pública; por lo tanto, una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo autor de esa expresión afecta a la esencia y al contenido de la libertad de expresión, no sólo de aquel a quien se silencia sino del conjunto de la sociedad.¹⁴⁰ Además, en su reciente *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, la Comisión ha indicado que, en estos casos, para que se pueda restringir legítimamente la libertad de expresión, debe probarse que en la difusión de las noticias, el comunicador tuvo intención de infligir daño, o que tuvo pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas, o que se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad de las mismas.¹⁴¹

Las consideraciones anteriores conducen a cuestionar la existencia de leyes que protegen el honor de los funcionarios públicos; en este sentido, en los *Principios de Siracusa*¹⁴² se rechaza la utilización de restricciones basadas en la reputación de los demás para proteger al Estado y a sus funcionarios contra la opinión o la crítica del público.¹⁴³ Sin duda, la libertad de expresión, que adquiere mayor relevancia cuando involucra un debate abierto sobre cuestiones de interés público, es incompatible y no puede coexistir con figuras penales que castigan la crítica a las instituciones o a los funcionarios públicos.

Esta es una materia que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de examinar en su *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos humanos*.¹⁴⁴ En este informe, la Comisión hizo un análisis de las leyes que penalizan la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales (las llamadas leyes de desacato) con la libertad de expresión, en la forma en que ésta se encuentra consagrada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la

140 Cf., en este sentido, Comisión IDH, Informe N° 69/98, caso 11.803, Chile, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, párrafo 78.

141 Cf. la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión IDH durante su 108° período de sesiones, párrafo 10 de la parte declarativa.

142 *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

143 Cf. *ibid*, párrafo 37.

144 *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pp. 207 a 223.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, recomendando a los Estados en que existan estas leyes derogarlas, o reformarlas con el objeto de adecuarlas a los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁴⁵ Recientemente, en su *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, la Comisión Interamericana ha sostenido que las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos, generalmente conocidas como *leyes de desacato*, atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.¹⁴⁶

El propósito de las leyes de desacato, vigentes en varios Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, supuestamente es proteger a los funcionarios públicos de expresiones ofensivas o críticas, a fin de permitirles un desempeño más expedito de sus funciones; en segundo lugar, las leyes de desacato servirían para proteger el orden público, porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional dado que –según se argumenta– ella se reflejaría no sólo en el individuo objeto de la crítica sino en el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios.¹⁴⁷ Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las *restricciones (sic)* a la libertad de expresión previstas en el art. 13 N° 2 de la Convención Americana deben interpretarse de manera compatible con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas, conforme a lo estipulado en los artículos 29 y 32 de la misma Convención;¹⁴⁸ por consiguiente, no pueden interpretarse de manera que puedan “excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (art. 29 letra c), o que se excluya o limite el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo XXVIII dispone que los derechos de cada hombre están limitados por “las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático” (art. 29 letra d), o por lo previsto en el art. 32 N° 2 de la Convención, en cuanto a que las restricciones a la libertad de expresión deben responder a la necesidad de proteger los derechos de los demás, la seguridad de todos, o las justas exigencias del bien común, *en una sociedad democrática*.

En relación con el establecimiento de *responsabilidades ulteriores* previsto en el art. 13 N° 2 de la Convención, la Comisión Interamericana ha hecho suyo el criterio expuesto por la Corte, en el sentido de que ello supone la concurrencia de cuatro requisitos: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) la definición expresa y taxativa de esas

145 Cf. *ibid*, pág. 209.

146 Cf. la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión IDH durante su 108° período de sesiones, párrafo 11 de la parte declarativa.

147 Cf. *Informe Anual de la Comisión IDH - 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pág. 212.

148 Cf. *ibid*, pág. 217.

causales por la ley, c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) que esas causales sean *necesarias* para asegurar los mencionados fines.¹⁴⁹ La Comisión estima que las leyes de desacato no constituyen una restricción legítima de la libertad de expresión, y que no son necesarias para asegurar el orden público en una sociedad democrática.¹⁵⁰

Según la Comisión, la aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en su carácter oficial les otorga injustificadamente un medio de protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad; esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático, que hace al gobierno objeto de controles, incluido el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. De modo que, si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial, a todos los efectos, son el gobierno, los individuos tienen el derecho de criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública. En una opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos que se anticipó a las ideas antes expuestas por la Comisión, prohibir despertar sentimientos desfavorables en contra de quienes administran el Estado sería equivalente a prohibir discusiones que tengan ese efecto, lo que sería equivalente a proteger a quienes administran el Estado y que pudieran llegar a merecer el desprecio o el odio de la población.¹⁵¹ De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

“(E)l derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate público a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión... Además de las restricciones directas, las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público. A este respecto, la Corte Europea afirmó que, si bien las penas posteriores de multa y revocación de un artículo publicado no impiden que el peticionante se exprese, “equivalen, no obstante, a una censura, que posiblemente lo disuada de formular críticas de ese tipo en

149 Cf. *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 39.

150 Cf. *Informe Anual de la Comisión IDH - 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pp. 218-222.

151 Cf. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

el futuro". El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor"¹⁵².

En opinión de la Comisión, las leyes de desacato plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado, y que dichas leyes sean utilizadas precisamente para suprimir tanto la crítica como los adversarios políticos; de manera que, al proteger al funcionario contra expresiones difamantes, las leyes de desacato establecen una estructura que, en última instancia, protege al propio gobierno de las críticas que se le puedan hacer.¹⁵³

Si bien se puede argumentar que las leyes de desacato, que requieren que el discurso ofensivo sea pronunciado en presencia del funcionario público, tienen por objeto impedir los disturbios y desórdenes civiles, de todas maneras restringen el contenido de la expresión, en cuanto éste se relacione con el honor del funcionario público. Lo anterior conduce a la Comisión a observar que "el fundamento de las leyes de desacato contradice el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática"¹⁵⁴. En consecuencia, la Comisión vio con buenos ojos que, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, condenado por difamar a un Ministro de la Corte Suprema Argentina, el Estado denunciado revocara dicha sentencia y derogara la figura del desacato, ajustando la legislación de Argentina a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁵⁵

La Comisión Interamericana rechaza que las leyes de desacato sean *necesarias* para asegurar el orden público en una sociedad democrática. Según la Comisión, la protección especial que brindan las leyes de desacato a

152 *Informe Anual de la Comisión IDH - 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pp. 218-219. La cita que se hace de la Corte Europea de Derechos Humanos corresponde a lo expresado por ese tribunal en el *caso Lingens v. Austria*, en su sentencia del 8 de julio de 1986, párrafo 44.

153 *Cf. ibid*, pág. 220.

154 *Ibid*, pág. 220.

155 *Cf. el Informe N° 22/94*, caso 11.012, Argentina, Solución Amistosa, del 20 de septiembre de 1994, en el *Informe Anual de la Comisión IDH - 1994*, Washington, D.C., 1995, pp. 40-45.

los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público; ello es especialmente así, teniendo en cuenta que el gobierno dispone de otros medios para responder a ataques injustificados, mediante su acceso a los medios de comunicación o mediante acciones civiles individuales por difamación o calumnia, que puede invocar cualquier persona, independientemente de su condición. A juicio de la Comisión, se puede concebir la protección del honor sin restringir la crítica a la administración pública¹⁵⁶. La Comisión ha observado que “las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas –y no menos expuestas– al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica”¹⁵⁷. Si bien se admite la existencia de una zona de intervención legítima del Estado cuando la expresión de una opinión o de una idea (o de una información) interfiere con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad, en la arena política, el umbral para la intervención del Estado es necesariamente más alto, debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. En consecuencia, a juicio de la Comisión, las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión consagrada en el art. 13 de la Convención¹⁵⁸.

7. *La regulación judicial de la libertad de expresión*

Ciertamente, la libertad de expresión no es absoluta, y su ejercicio puede comprometer otros derechos o intereses, haciendo necesario ponderar la legitimidad de unos y otros, para determinar qué es lo que debe prevalecer. Tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos admiten que el ejercicio de la libertad de expresión *puede* estar sujeto a restricciones, las que en todo caso deberán estar expresamente *fijadas por la ley* y ser necesarias para alguno de los fines legítimos que esos mismos instrumentos señalan. A los jueces les corresponde pronunciarse sobre la pertinencia de esas restricciones impuestas por la ley, sobre su proporcionalidad, y sobre su necesidad en una sociedad democrática. Pero no es tarea de los tribunales asumir el papel del legislador y

156 Cf. *Informe Anual de la Comisión IDH - 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pp. 221.

157 *Ibid*, pág. 222.

158 Cf. *ibid*, pp. 222-223.

reglamentar el ejercicio de la libertad de expresión ni de ninguna otra. Debe observarse que, en la jurisprudencia citada por la sentencia del TSJ, los tribunales extranjeros se limitaron a aplicar la Constitución y la ley; nunca pretendieron dictar normas que restringieran la libertad de expresión.

Esta sentencia somete el ejercicio de la libertad de expresión a los parámetros indicados por ella, restringiéndola indebidamente, en violación del texto expreso del art. 13 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que el ejercicio de la libertad de expresión sólo puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores *expresamente fijadas por la ley*, y en violación del art. 19 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que, si bien la libertad de expresión *puede* estar sometida a ciertas restricciones, ellas deben estar *expresamente fijadas por la ley*.

En efecto, en vez de limitarse a aplicar la ley, con el pretexto de supuestos vacíos legales, la sentencia se propone regular el ejercicio de la libertad de expresión, asumiendo el papel propio de un órgano legislativo, en violación de los procedimientos constitucionales previstos para la elaboración de las leyes, y sin que el tribunal que así decide sea el órgano democráticamente elegido para discutir y aprobar las leyes.

Como ya se señaló en la introducción, la sentencia, que se anuncia como *doctrina vinculante (sic)*, tiene el efecto práctico de regular la libertad de expresión, llenando supuestos vacíos legales. Esta circunstancia ha sido admitida por el propio Tribunal Supremo de Justicia, en una rueda de prensa ofrecida el martes 3 de julio de 2001 por quince de sus veinte magistrados para ratificar dicha sentencia, calificándola de “irrevisable, inmodificable e incorregible”. En esa oportunidad, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Iván Rincón, manifestó que “la Sala Constitucional no se extralimitó, porque en la Carta Magna no están las leyes que norman a todas las instituciones nuevas, así que nosotros en nuestras sentencias tenemos que indicar los caminos; lo contrario sería incurrir en denegación de justicia”. Debe observarse que el magistrado Rincón no se refirió a la necesidad de dar respuesta a un recurso pendiente, sino a *señalar los caminos*, obviamente respecto de casos futuros. En otra parte de su intervención, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia insistió en el carácter normativo de esta sentencia, señalando que “Hemos hablado de *conceptos que no están desarrollados en la ley* y, por ello, no se nos puede acusar de que nos extralimitamos, ya que sencillamente estamos cumpliendo con el deber que tenemos de administrar justicia y de *que la gente tenga respuesta oportuna a muchas de sus necesidades cuando acuden al Tribunal Supremo de Justicia, porque no existe un texto legal determinado*”. En consecuencia, a falta de ley, es el Tribunal Supremo de Justicia el que ha asumido la tarea de legislar.

Desde el punto de vista formal, la primera garantía de que estas restricciones no serán el resultado del capricho o de la arbitrariedad de los órganos del Estado radica en la legalidad de las mismas. En efecto, tanto el

Pacto como las convenciones Americana y Europea requieren que cualquier restricción de que pueda ser objeto la libertad de expresión se encuentre expresamente prevista por la ley. Además, el art. 30 de la Convención Americana dispone que las restricciones permitidas, de acuerdo con la Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general, y con el propósito para el cual ellas han sido establecidas. Es decir, la libertad de expresión no se puede coartar por consideraciones distintas a las específicamente señaladas por la ley. Esta exigencia se ve fortalecida por la circunstancia de que, en la mayor parte de los países, la libertad de expresión también es objeto de protección constitucional. Sin embargo, este requisito no se puede eludir por la vía de señalar esas restricciones en forma muy amplia y genérica en un texto legal, pero remitiendo a meros reglamentos u ordenanzas la determinación de las modalidades y características que pueden asumir esas restricciones.

Esta garantía de la libertad de expresión tiene también un carácter democrático, en la medida en que con ella se pretende asegurar que el único órgano autorizado para regular su ejercicio e imponer restricciones a la misma es el parlamento nacional, elegido popularmente mediante los procedimientos constitucionales previamente establecidos. En una sociedad democrática, afianzada en la separación de funciones, no es ésta una tarea ni del poder ejecutivo ni del poder judicial. En consecuencia, pretender regular la libertad de expresión mediante una sentencia, con el pretexto de interpretar la disposición constitucional que la consagra y llenar supuestas lagunas legales, como ha querido hacerlo la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, es absolutamente incompatible con el compromiso asumido por los Estados en lo que se refiere a la libertad de expresión.

La correcta aplicación del principio de reserva legal, si bien no es una condición suficiente, permite evitar muchas dificultades y conflictos. Pero el principio de reserva legal sólo constituye una garantía de la libertad de expresión si con la expresión *leyes* se está haciendo referencia a una *ley* en sentido formal y no en el sentido amplio de cualquier norma jurídica. En este sentido, el juez Rodolfo Piza ha expresado que, si bien estas disposiciones no precisan el sentido de la palabra *ley*, la aplicación de principios generales universalmente compartidos en las naciones democráticas y en todos los Estados de Derecho permite afirmar que se trata de materias reservadas estrictamente a la ley formal, emanada de un parlamento democrático, con todas las garantías que esto implica¹⁵⁹. La Corte no tardó mucho en darle la

159 Cf. su opinión separada en *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985, párrafos 14 de la opinión separada.

razón, al dar respuesta a una consulta formulada por el Uruguay y referida precisamente al sentido de la expresión *leyes* en el art. 30 de la Convención¹⁶⁰. En el curso del trámite de esta consulta, el gobierno de Costa Rica se preguntaba si la expresión *leyes*, utilizada en el art. 30 de la Convención, se refería a leyes en sentido formal, como norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución, o en un sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico.¹⁶¹ Si bien la Corte señala que su indagación se limita a precisar el sentido de la palabra *leyes* sólo en el art. 30 de la Convención, y que su respuesta no es aplicable a todos los casos en que allí se utilizan expresiones como *leyes*, *ley*, *disposiciones legislativas*, *disposiciones legales*, *medidas legislativas*, *restricciones legales*, o *leyes internas*, cuyo sentido deberá ser determinado en cada caso específico,¹⁶² el tribunal admite que los criterios del art. 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos; porque la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos.¹⁶³ Según la Corte, el art. 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, las cuales se agregarían a las restricciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos; por el contrario, lo que el mencionado artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones singularmente autorizadas sean legítimas.¹⁶⁴ La Corte ha subrayado la importancia de evitar la arbitrariedad de los actos del poder público, y se ha referido al principio de legalidad, que –en opinión del tribunal– es consustancial con la idea y el desarrollo del Derecho en el mundo democrático, y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.¹⁶⁵ Por consiguiente, de acuerdo con la Corte Interamericana, no es

160 Cf. *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86*, del 9 de mayo de 1986.

161 Cf. *ibid*, párrafo 7.

162 Cf. *ibid*, párrafo 16.

163 Cf. *ibid*, párrafo 17.

164 Cf. *Ibidem*.

165 Cf. *ibid*, párrafos 22, 23, y 24.

posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el art. 30 de la Convención, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos humanos pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general¹⁶⁶. En opinión de ese alto tribunal, en el marco de la protección de los derechos humanos, la expresión leyes carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos; lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. Para este tribunal, la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 de la Convención, no puede tener otro sentido que el de ley formal; es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el poder ejecutivo, según el procedimiento requerido por el Derecho interno de cada Estado¹⁶⁷. En todo caso, nada parece impedir que estas restricciones no se encuentren previstas exactamente en una ley, sino en una disposición de rango constitucional¹⁶⁸.

Pero para la Corte Interamericana no basta una mera conformidad formal de la ley con el Derecho interno, pues dicha ley también debe ser legítima, desde un punto de vista político; en efecto, la Corte observa que, en una sociedad democrática, el principio de legalidad está inseparablemente vinculado al de legitimidad, en virtud del sistema que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ejercicio efectivo de la democracia representativa, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común¹⁶⁹. No es posible desvincular el significado de la expresión leyes en el art. 30 del propósito de todos los Estados americanos, expresado en el preámbulo de la Convención, de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; en su opinión, la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte¹⁷⁰. En consecuencia, las leyes a que se refiere el art. 30 son actos normativos endereza-

166 Cf. *ibid*, párrafo 26.

167 Cf. *ibid*, párrafo 27.

168 Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafos 24, 28, 34, y 35.

169 Cf. *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86*, del 9 de mayo de 1986, párrafos 32 y 37.

170 Cf. *ibid*, párrafo 34.

dos al bien común, emanados del poder legislativo democráticamente elegido, y promulgados por el poder ejecutivo; sólo la ley formal, así entendida, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.¹⁷¹ Pero lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.¹⁷²

También se ha señalado que el requisito que comentamos no estaría suficientemente satisfecho con la mera circunstancia de que la restricción que se invoca se encuentre formalmente prevista por la ley, sino que sería indispensable que esa restricción sea aplicada en el marco de un procedimiento judicial, en el que el afectado disponga de suficientes garantías para hacer valer sus derechos. Esto resulta especialmente en el caso de la Convención Americana, que sólo permite la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores, las cuales deben establecerse sobre la base del Derecho, teniendo en cuenta las garantías judiciales que la misma Convención consagra. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las personas que, como resultado del ejercicio de la libertad de expresión, se consideren lesionadas en su honra o su dignidad, cuentan con recursos adecuados en los tribunales de justicia.¹⁷³ Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, para que pueda establecerse válidamente la responsabilidad por eventuales abusos de la libertad de expresión, según la Convención es preciso que se reúnan varios requisitos: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines¹⁷⁴. Pero, obviamente, cualquier responsabilidad derivada del ejercicio de la libertad de expresión debe ser establecida por los tribunales, observando las debidas garantías.

Todas las consideraciones anteriores son absolutamente irrelevantes para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que, por lo menos en tres aspectos no previstos por la Constitución o la ley,

171 Cf. *ibid*, párrafo 35.

172 Cf. *ibid*, párrafo 36.

173 Cf. caso 11.230, 3 de mayo de 1996, *Francisco Martorell vs. Chile*, en *Informe Anual de la Comisión IDH*, Informe sobre casos particulares, N° 11/96, párrafo 69.

174 Cf. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párrafo 39.

ha asumido la tarea de imponer restricciones a la libertad de expresión. Estos son:

a) La reglamentación del derecho de rectificación o de respuesta, ya sea excluyendo del mismo a los periodistas o a quienes habitualmente tienen acceso a un medio de comunicación, o disponiendo que -respecto de las personas antes referidas- este derecho debe ejercerse por el medio de comunicación propio, y no por el mismo órgano de difusión que originó la información inexacta o agravante;

b) La disposición relativa al pluralismo ideológico que deben observar los medios de comunicación en la selección de sus columnistas, a fin de evitar infringir el derecho a la información veraz; y

c) El señalamiento según el cual “las tasas impositivas que se impongan –en igualdad de condiciones- a las empresas editoriales, ni las normas sobre concesiones de bienes del dominio público (espacio radioeléctrico), ni las disposiciones legales que permitan medidas preventivas sobre programas comunicacionales” constituyen formas indirectas de censura. Lo que debería ser el producto de un análisis casuístico, ha sido resuelto en forma anticipada por el tribunal disponiendo, de antemano, que todo eso está dentro de los márgenes permitidos a la autoridad administrativa. Poco importa al tribunal que las tasas impositivas dispuestas para los medios de comunicación establezcan una discriminación entre éstos y otras actividades económicas, o que las concesiones para el uso del espectro radioeléctrico se otorguen discrecionalmente, o que se revoquen arbitrariamente. Incluso en el caso de “las disposiciones legales que permitan medidas preventivas sobre programas comunicacionales”, el tribunal no ha hecho otra cosa que dictar una norma que autoriza anticipadamente al legislador a adoptar esas medidas legislativas.

Por lo menos en los tres aspectos antes referidos, la sentencia que comentamos está dictando normas y pretende regular la libertad de expresión.

COLOFÓN

Como acertadamente ha observado la Corte Europea de Derechos Humanos, la libertad de expresión es aplicable no solamente a las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, consideradas inofensivas, o vistas con indiferencia, sino particularmente a aquellas que chocan, ofenden, o molestan;¹⁷⁵ desde luego, no tendría sentido garantizar la libertad de ex-

175 Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Handyside v. The United Kingdom*, sentencia del 7 de diciembre de 1976, párrafo 49. Este criterio ha sido sostenido sistemáticamente por la Corte; entre sus más recientes sentencias, la tesis inicialmente sustentada en *Handyside* se

presión únicamente respecto de opiniones o ideas convencionalmente aceptadas y compartidas por quienes ejercen el poder. Pero nunca se ha sugerido que la libertad de expresión implica el derecho absoluto de decir lo que a cada uno le plazca, cuando quiera y donde quiera, y cualquiera que sea el medio que elija para exponer sus puntos de vista. En realidad, en la misma medida de su importancia, la libertad de expresión es frágil y delicada; está sometida a distintos tipos de interferencia, y es tan vulnerable que la amenaza de cualquier sanción nos puede disuadir de ejercerla. Como quiera que sea, en el mundo contemporáneo, la libertad de expresión constituye un derecho civil y político de fundamental importancia, y su vigencia es una de las características más sobresalientes de toda sociedad democrática; sus consecuencias inmediatas pueden ser el vernos expuestos al uso de un lenguaje ofensivo derivado del abuso de esta prerrogativa, e incluso a un debate muy encendido, que a veces puede disgustar; pero éstos son los efectos secundarios del ejercicio de un derecho que encierra valores trascendentales en una sociedad democrática, y que ciertamente vale la pena preservar.

Hasta cierto punto, siendo los medios de comunicación social quienes, a través de su actividad, contribuyen a formar la opinión pública, ellos han adquirido una función de legitimación política, a la que cualquier gobierno en una sociedad democrática no se puede sustraer; en efecto, la posibilidad que tienen los medios de comunicación de aceptar o de disentir de las posiciones oficiales, de aprobarlas o de criticarlas, de apoyar al gobierno de turno o de erigirse en su órgano contralor por excelencia, así como su capacidad para orientar la política gubernamental y para denunciar los hechos irregulares que ocurran dentro de la administración, les confiere un importante papel en la legitimación de las instituciones políticas.

Hace más de doscientos años, Thomas Jefferson señaló que, si tuviera que elegir entre un gobierno sin periódicos o periódicos sin un gobierno, no dudaría un instante en preferir esto último.¹⁷⁶ Pero da la impresión que la actual Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela preferiría exactamente lo contrario.

reafirma en *Case of Jerusalem v. Austria*, decidido por la Tercera Sección de la Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 32.

176 Cf. su carta al Coronel Edward Carrington, del 16 de enero de 1787.

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: ¿JUEZ O PARTE?

Pedro Nikken

*Ex presidente de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

*Ex presidente del Instituto Interamericano
de Derechos Humanos*

*Profesor Emérito de la
Universidad Central de Venezuela*

La lectura de la Constitución de 1999 pone de manifiesto una notoria incongruencia. Por una parte, en su parte dogmática, se proclaman y reconocen los derechos humanos en términos que podrían calificarse como de vanguardia, no sólo por la amplitud de los conceptos, sino muy en particular, por la jerarquía que se reconoce al derecho internacional de los derechos humanos. Como es sabido, el artículo 23 de la Constitución vigente, establece:

“Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. (Énfasis añadidos).

Asimismo, el artículo 31 de la Constitución introdujo una importante innovación. Textualmente señala:

“Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”. (Énfasis añadidos)

Estas disposiciones deberían estar llamadas a salvar ciertas contradicciones que se observan en el texto constitucional, en relación con el concepto y el respeto y garantías debidos a ciertos derechos, concebidos en dicho texto en términos más estrechos que los pautados en los instrumentos de protección a los derechos humanos, tal como ocurre con la libertad de expresión (art. 58), respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (art.13) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.19); y la libertad de enseñanza (arts. 102 y 106), respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.13).

Por otra parte, la señalada formulación de la parte dogmática de la Constitución entra también en contradicción con la forma de gobierno concebida por la misma Constitución, que contiene elementos de concentración de poder de por sí amenazantes para la efectiva garantía de los derechos humanos. A ello se une la politización y dejación a la subordinación al Poder Civil de la Fuerza Armada, que ha dejado de ser un cuerpo apolítico y no deliberante (arts. 328 y sig.); la concesión de una inexplicable inmunidad a los generales y almirantes, cuyo enjuiciamiento por cualquier delito común está sujeto a un antejuicio de mérito por el Tribunal supremo de Justicia (art. 266-3); la politización de la justicia, traducida en la posibilidad de remoción de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por “falta grave”, con el voto de las dos terceras partes de la Asamblea Nacional (art. 265); o el concepto de *Seguridad de la Nación* contenido en el Título VII de la Constitución, notoriamente divorciado de los valores de una sociedad democrática.

Estas contradicciones, en la práctica, deberían ser resueltas gracias a la acción de la Defensoría del Pueblo y, en última instancia por el Tribunal Supremo de Justicia, en particular por su Sala Constitucional. Sin embargo, ¡vaya paradoja! ha sido precisamente el Tribunal Supremo, y muy especialmente su Sala Constitucional, el órgano que se ha encargado de interpretar la Constitución restringiendo los derechos humanos y ampliando la fuerza del poder público, mediante el recorte de las limitaciones a las que se encuentra sujeto su ejercicio.

La Sentencia 1.013 ha puesto de manifiesto en toda su crudeza lo que ya se había revelado en la práctica del máximo tribunal de la República como lo que parece ser una tendencia ideológica o, al menos, una política judicial *contra homine*. Las secuelas del mismo fallo y la reacción del Tribunal Supremo frente a las críticas al mismo revelan que éste, además, pretende desconocer el derecho internacional de los derechos humanos. Es quizás todavía demasiado pronto para llegar a una conclusión definitiva respecto de lo que sería la amenaza del Tribunal Supremo de Justicia contra los derechos humanos; pero como su jurisprudencia en esa dirección no se agota en el caso *Queremos Elegir*, sino que tiene otras manifestaciones, nos permitimos denunciar y alertar sobre este peligro, apenas refiriéndonos a ciertas decisiones emblemáticas. De allí las dos partes en las que se dividirá este comentario, a saber: I. El Tribunal Supremo de Justicia contra la Constitución; y II.

El Tribunal Supremo de Justicia contra el derecho Internacional de los Derechos Humanos.

I. EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA CONTRA LA CONSTITUCIÓN

Histórica y conceptualmente, los derechos humanos son atributos de la persona que el poder público no puede lesionar legítimamente. Son derechos que se ejercen y se afirman frente al poder público. Como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”¹.

Por lo tanto, si nos atenemos a los principios, la *progresividad* en el *goce y ejercicio* de los derechos humanos proclamada por el artículo 19 de la Constitución, la máxima de la jurisprudencia debería ser que el alcance de los derechos humanos debe ensancharse y que el alcance del poder público debe restringirse. Sin embargo, en su corta vida, el Tribunal Supremo de Justicia parece haber invertido los principios y aplicar dos máximas inaceptables: los derechos humanos deben comprimirse y la fuerza del poder público frente a la sociedad civil debe ensancharse.

1. Primera máxima: los derechos humanos deben comprimirse

Como he anunciado, no es el propósito de este comentario el de agotar el análisis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de derechos humanos. Sin embargo pueden encontrarse casos demostrativos de la tendencia de su doctrina, particularmente cuando innecesariamente, e incurriendo en *extra petita*, ha expresado criterios y principios manifiesta e ilegítimamente restrictivos de los derechos humanos. Se examinará por ahora, dentro del contexto de esta publicación colectiva el caso de la Sentencia N° 1.013, que es el objeto principal de esta publicación. El fenómeno podrá verificarse nuevamente cuando se pase revista al tratamiento dado por la Sala a las organizaciones de la sociedad civil frente al ejercicio del poder público.

1 Corte IDH: *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*, pâr. 19.

El caso *Queremos Elegir* (Sentencia N° 1.013 de la Sala Constitucional del 12-6-01), como es conocido, se origina en una acción de amparo constitucional introducida por el señor Elías Santana, en su propio nombre y en su carácter de coordinador de la Asociación Civil *Queremos Elegir*, por habersele negado el derecho de réplica, o derecho de rectificación y de respuesta previsto en el artículo 57 de la Constitución y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “respecto de los planteamientos hechos por el conductor del programa radial *Aló Presidente* en sus emisiones del domingo 27 de agosto y del domingo 3 de septiembre de 2000, cuyo origen de transmisión fue Radio Nacional de Venezuela, y retransmitida por diferentes medios de comunicación radial y televisivo”. Se refería, en consecuencia, al ejercicio de dicho derecho frente a afirmaciones hechas por el Presidente de la República, respondiendo a la protesta de la organización *Queremos Elegir* y del propio accionante por la forma de designación de los integrantes del Poder Ciudadano y de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sin las consultas a la sociedad civil impuestas por la misma Constitución.

Entre otras afirmaciones a las que aspiraba responder o replicar el accionante estaban las siguientes:

“...Aquí hay un llamado: ‘Sociedad civil dispuesta a desobedecer’ –dice alguien– ah, Elías Santana. Ese es otro representante de un sector pequeñísimo de la sociedad civil...”

“...Bueno aquí según el diario El Nacional de hoy, dice el señor Elías Santana, a nombre de ‘Queremos Elegir’ una agrupación, pequeña agrupación, tiene derecho a participar y siempre ha participado, pero no crean que ahora están esponjados y representan a la sociedad civil...”

“...‘Sociedad civil dispuesta a desobedecer’ –dice el diario El Nacional atribuyéndole a Elías Santana– ‘si es excluida de la designación de autoridades del Poder Ciudadano’. Esto es como una amenaza, suena así como una amenaza.

Así que señor Santana, también le respondo a usted, lo estoy llamando a la batalla, señor Santana. A mí me gusta llamar a la batalla, venga, venga, a mí me gusta. Esto de... esta amenaza de que usted va... si sabrán y va a enfrentarla con la sociedad civil, bueno, señor Santana vamos a hacer una cosa, llame usted a la sociedad civil suya a una esquina y yo llamo a la mía a la otra”.

La decisión de la Sala fue, como es sabido, la de declarar

IMPROCEDENTE in limine litis el amparo incoado por Elías Santana, actuando en su propio nombre y en representación de la Asociación Civil *Queremos Elegir* “[...] frente a la negativa de los ciudadanos Presidente de la República, Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia, Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, de permitirnos el ejercicio del derecho de réplica respecto de los planteamientos hechos por el conductor del programa radial ‘Aló, Presidente’ en sus emisiones del domingo 27 de agosto y del domingo 3 de septiembre de 2000, cuyo origen de transmisión fue Radio Nacional de Venezuela, y retransmitida por diferentes medios de comunicación radial y televisivo”. (Cursivas de la sentencia).

La sentencia realizó un somero análisis sobre el contenido y significado del derecho de réplica o de rectificación o respuesta, para llegar a la referida conclusión. Empero no se limitó a ello, sino que incurriendo en una innecesaria divagación *extra petita*, postuló principios claramente reñidos con la libertad de expresión y el derecho de rectificación, respuesta o réplica, tal como están consagrados en la Constitución y en el Pacto de San José.

A. *Las infracciones al respeto y garantía de los derechos humanos en el núcleo de la Sentencia 1.013.*

En el centro del litigio, estaba definir si se daban los supuestos para que el accionante tuviera derecho a invocar el derecho a réplica reconocido por el artículo 58 de la Constitución y el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según dichos textos:

“La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación *cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes*. (Constitución, art. 58; énfasis añadido).

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”. (CADH, art. 14.1; énfasis añadidos).

La Sala Constitucional hubiera podido limitarse a analizar si las expresiones emitidas por el presidente Chávez en su programa semanal merecían el calificativo de *informaciones inexactas o agraviantes* en los términos de las normas precitadas. Admitimos que es un punto discutible, pues cabría hacer una distinción teórica entre lo que es una *opinión* y lo que es una *información*. Esa distinción habría conducido a una interpretación estricta del derecho de réplica, discutible en doctrina, pero no necesariamente inaceptable. La Sala podría haber concluido que el Presidente se limitó a emitir su opinión sobre las afirmaciones que atribuyó a Elías Santana y que no dio ninguna información que afectara al accionante ni a *Queremos Elegir*.

No habría compartido esa interpretación, dado el tenor de las afirmaciones hechas y la jerarquía de quien las profirió, puesto que en un programa destinado a la difusión de información e ideas (*Aló Presidente*), el difusor afirmó que *Queremos Elegir* no era una organización calificada de la sociedad civil (lo cual a todas luces no es cierto); también insinuó que Elías Santana estaba amenazando al régimen; y por último lo desafió a la “batalla”. En efecto, la comunicación de ese parecer del Presidente en un programa transmitido por radio y televisión excede la simple opinión y más bien pre-

tende informar a la audiencia sobre los méritos de una organización y sobre el sentido de la posición que adoptó a propósito de la designación de los integrantes del Poder Ciudadano y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sin respetar el procedimiento de consultas pautado por la Constitución. Lo afirmado por *Queremos Elegir* así como lo rebatido por el Presidente estaba referido a cuestiones de hecho que no eran el objeto de una mera representación intelectual que pudiera reducirse a una simple “opinión”. Por otra parte, las afirmaciones del Presidente sobre la relevancia de *Queremos Elegir* como ente integrante de la sociedad civil; su afirmación de que lo expresado por Elías Santana constituía una “amenaza”; y el mismo desafío a la “batalla” daban pie para ejercer el derecho a réplica. Tanto más cuando se trataba del Jefe del Estado, utilizando los medios del mismo Estado, en un tono descalificador, agravante y desafiante.

Sin embargo, debe reconocerse que si la Sala se hubiera limitado a razonar que el Presidente no se expresó como informador sino que se limitó a manifestar su opinión respecto de los planteamientos del accionante y la organización que representa, el debate que suscitó la Sentencia 1.013 hubiera sido muy limitado, al menos por lo que respecta al alcance del derecho a réplica, que es una materia debatida en doctrina y en la que se traslapan el derecho a la libertad de expresión, el derecho de propiedad (de los medios de comunicación) y el mismo derecho a réplica, rectificación o respuesta.

Donde sí aparece, en cambio, una evidente violación del derecho al debido proceso es en el dispositivo del fallo, por el cual se *declara IMPROCEDENTE in limine litis el amparo incoado por Elías Santana*. En virtud de ese fallo, la acción de amparo se anota sin que medie contradictorio alguno y se cierra al accionante toda posibilidad de argüir sobre la procedencia de su pretensión, lo que resulta particularmente grave cuando un ciudadano alega que es el mismo Presidente de la República quien ha violado sus derechos constitucionales. Eso otorga al Presidente una posición de privilegio que no le reconoce la Constitución, lo que resulta incompatible con principios elementales de igualdad, no discriminación y derecho a la defensa². Ese es el

2 La misma decisión fue adoptada por la Sala ante el amparo interpuesto por Dilia Parra, en su condición de Defensora del Pueblo, Juan Navarrete y Juan Carlos Gutiérrez, para impugnar la designación “a dedo” de los miembros del Consejo Nacional Electoral (sentencia del 30-6-2000). En esa ocasión, el magistrado José Leonardo Requena Cabello, salvó su voto alegando, *inter alia*, que “el proceso de amparo constitucional se halla regido también por los principios de igualdad ante la ley, defensa y contradictorio, de modo que el juicio sobre el fundamento de la pretensión de amparo y, por tanto, sobre su procedencia, no puede pronunciarse sin el trámite previo de un proceso en el cual tanto el accionante como su contraparte tengan la posibilidad de hacer efectivos los citados principios”. Concluyó el disidente, por lo tanto, que “la tesis que sostiene la Sala, en la sentencia que antecede, es incompatible con la orientación del orden constitucional e internacional en materia de derechos fundamentales de alcance procesal.” Coincidentalmente, el magistrado Requena Cabello no fue “relegitimado” cuando la Asamblea Nacional, sin sujetarse a lo dispuesto por la Constitución, nombró a los nuevos integrantes del Tribunal Supremo de Justicia.

atropello más grave que contiene el núcleo de la sentencia. Dejaron al accionante en la calle, sin poder defender su derecho y sin otro recurso que acudir a los medios internacionales de protección a los derechos humanos.

No se agotó allí, sin embargo, el quebrantamiento de los derechos humanos que aqueja a la sentencia del 12 de junio de 2001. Ella incurrió en divagaciones periféricas innecesarias para desestimar la acción de amparo -y por lo tanto más graves- para inducir a nuevas restricciones a los derechos humanos.

B. *Las infracciones al respeto y garantía de los derechos humanos en la periferia de la Sentencia 1.013.*

Sin duda, en otros comentarios a la Sentencia N° 1.013 contenidas en esta misma publicación, se abundará sobre afirmaciones hechas por la Sala Constitucional que son incompatibles con los derechos humanos reconocidos en la misma Constitución o en la convenciones internacionales que por obra de su artículo 23, tienen rango supraconstitucional. Me limitaré, por lo tanto, a señalar puntualmente las infracciones más notorias.

Primero: la Sentencia 1.013 sienta las bases para la censura judicial.

El ya citado artículo 58 de la Constitución prohíbe la censura. Con mayor amplitud y, por lo tanto, prevaleciendo incluso sobre el texto de la Constitución según su artículo 23, el artículo 13 del Pacto de San José reza:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protec-

ción moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". (Énfasis añadidos).

En efecto, sutilmente, dicha decisión indica que puede acudirse a la justicia para prevenir la *amenaza* de que se violenten ciertas prohibiciones o limitaciones a la libertad de expresión, como la propaganda de guerra, apología del odio nacional, racial o religioso, el interés superior del niño, etc. En un sentido estricto, las limitaciones a la libertad de expresión son justificables, incluso por la vía preventiva. Sin embargo, en el marco de la sentencia, hay expresiones que mueven a preocupación:

"Éste (el artículo 57 de la Constitución) prohíbe el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promueven la intolerancia religiosa; prohibición también recogida en el numeral 5 del artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José) y en el artículo 20 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para que estos mensajes dañosos y expresiones anónimas puedan llevarse adelante, se necesita de la utilización de sistemas de difusión escritos, sonoros (altoparlantes, por ejemplo), radiofónicos, visuales o audiovisuales y, ante la infracción del artículo 57 aludido así como de las otras normas citadas, es el *amparo* constitucional la vía para que dichas disposiciones se cumplan, y se restablezca la situación jurídica lesionada o *amenazada* por estas transgresiones". (Énfasis añadidos).

Más adelante, se afirma:

"El manejo masivo de la noticia, que permite a la persona ejercer el derecho a la información oportuna, puede efectuarse por instituciones públicas o privadas, siendo por lo regular estas últimas *empresas mercantiles, con fines de lucro, que realizan actos de comercio a tenor del artículo 2º del Código de Comercio, las cuales escogen a dedo, conforme a sus conveniencias, a sus periodistas y colaboradores, y que presentan, junto con las noticias y la publicidad, artículos de opinión, emanados o no de periodistas, entre los que se encuentran los editoriales de la prensa de todo tipo, siendo -por lo tanto- las empresas o instituciones de comunicación masiva, un medio para difundir noticias (informaciones) y opiniones, muchas de las cuales se insertan más en los cánones publicitarios que en el ejercicio de la libertad de expresión strictu sensu, ya que lo que buscan es vender bienes o servicios de manera interesada, más que expresar ideas, conceptos o pensamientos con fines no comerciales. Muchas veces estas opiniones que difunden los medios se basan en sucesos (hechos) a los cuales se remiten, y no es raro que tales opiniones (incluso adversas) estén destinadas a dar publicidad a un personaje, y sean parte de una trama para ese fin". (Énfasis añadidos).*

Este párrafo contiene afirmaciones que, en sí mismas o en el trasfondo que las acompaña, revelan la idea distorsionada, restrictiva y prejuiciada contra la libertad de expresión que anima la sentencia. La información se difunde a través de medios privados, por entes mercantiles que cometen el pecado de realizar actos de comercio y que urden “tramas” para falsificar la verdad, para promover personajes o para otros tortuosos propósitos.

En ese contexto, la indicación de la institución del amparo para prevenir amenazas de abusos ilegítimos a la libertad de expresión es, a su vez, una amenaza de establecimiento de censura judicial, encerrada en un marco de prejuicio contra los medios de comunicación social privados.

Indirectamente, se hace una apología de los medios estatales de comunicación, exentos como están de perseguir fines de lucro y de realizar actos de comercio. La sentencia tiene así una carga contra el pluralismo informativo y es un estímulo para que, so pretexto de prevenir abusos, se establezca un sistema de censura judicial.

El pluralismo informativo es indisociable de la libertad de expresión y del derecho a la información, los cuales han sido considerados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la dimensión individual y la dimensión social de la libertad de expresión:

- “65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.
66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”³.

3 Corte IDH: *Caso La última tentación de Cristo*, Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73; párs. 65 y 66. Esta sentencia transcribe casi textualmente conceptos expresados por la misma Corte en una de sus primera opiniones consultivas: Corte IDH: *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párs. 31 y 32.

Segundo: la sentencia sienta las bases para la censura administrativa indirecta.

Afirma la sentencia:

“No constituyen formas indirectas de censura, las tasas impositivas que se impongan -en igualdad de condiciones- a las empresas editoriales, ni las normas sobre concesiones de bienes del dominio público (espacio radioeléctrico), ni las disposiciones legales que permitan medidas preventivas sobre programas comunicacionales, obras contentivas de expresiones del pensamiento, etc., tal como las previstas en la Ley sobre el Derecho de Autor, ni las limitaciones al principio de publicidad del proceso; estas últimas más cónsonas con el derecho a la información”.

En contraste, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13.4 ya citado expresa:

- “3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

El problema no radica, entonces, en que los impuestos o restricciones se impongan “en condiciones de igualdad” como lo postula la sentencia, puesto que es perfectamente concebible que la imposición arbitraria de tales restricciones se traduzca en una forma de censura *en condiciones de igualdad* a todos los despreciables medios de comunicación privados. El criterio no se agota en la igualdad. La Sala parece olvidar en tan delicada materia principios tan básicos en el ejercicio del poder público frente al ciudadano como lo son la *razonabilidad* y la *proporcionalidad*.

En tal sentido, debería recordarse a la Sala Constitucional que toda disposición o actuación que conduzca a la censura previa es de interpretación restrictiva y que la laxitud con la que ha tratado esta delicada materia es contraria, no sólo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino a la jurisprudencia de la Corte Interamericana:

“Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. *En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión*”⁴. (Énfasis añadido).

4 Corte IDH: *Caso La última tentación de Cristo*, cit. pág. 70.

Tercero: La sentencia desconoce el derecho de rectificación, repuesta o réplica por el mismo medio a través del cual se transmitió la información inexacta o agravante.

Según la Sala Constitucional:

“Considera la Sala que si Elías Santana o la Asociación Civil Queremos Elegir creen que han sido agraviados por el Presidente de la República, pueden ejercer las acciones que sean procedentes, pero que al ser un periodista con una columna fija en el diario El Nacional (El Ombudsman), y un programa radial diario “Santana Total”, en Radio Capital, quien pide el derecho de réplica en su propio nombre y en el de la persona jurídica de la cual es vocero y por quien habla, *carece de derecho a réplica o rectificación alguno*, ya que lo que crea conveniente contestar al Presidente puede hacerlo, tanto en su columna como en el diario donde la tiene, que además es un periódico de circulación nacional, o en el programa radial, sin que pueda hacerse para estos fines una separación entre su persona y la de la Asociación Civil Queremos Elegir, por quien también actúa, ya que él es el vocero de tal Asociación”. (Énfasis añadido).

En cambio, el artículo 14.1 de la Convención Americana expresa:

“Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar *por el mismo órgano* de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”. (Énfasis añadido).

La violación del artículo 14.1 es tan flagrante que no amerita comentario.

Cuarto: Por lo mismo, la sentencia es discriminatoria contra periodistas y editores a propósito del derecho de rectificación, repuesta o réplica.

La sentencia afirma que el derecho en cuestión:

“Se trata de un derecho concedido a quienes se ven afectados por la información de los medios, y que carecen de canales públicos para contestar o dar su versión de la noticia”.

Repugna, en primer término, que una Sala Constitucional se refiera a cualquiera de los derechos humanos, como un beneficio “concedido” a las personas y no, como universalmente se admite, como atributos inherentes a la dignidad de la persona humana que el Estado se limita a *reconocer*.

Por otra parte, sin ninguna base racional, la Sala introduce un principio discriminatorio que no tiene sustento alguno en la Constitución ni en las convenciones internacionales que obligan a Venezuela, según la cual todos, menos los editores, columnistas o periodistas, tendrían derecho de rectificación, repuesta o réplica. Flagrante violación, de nuevo, del artículo 1.1 del Pacto de San José:

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: ¿JUEZ O PARTE?

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. (Énfasis añadidos).

Quinto: La sentencia admite la legitimidad del vilipendio como figura penal.

La sentencia expresa:

“Puede suceder que, con lo expresado se difame o injurie a alguien (artículos 444 y 446 del Código Penal); o se vilipendie a funcionarios o cuerpos públicos (artículos 223 y 226 del Código Penal)...”

Este tipo penal, denominado generalmente como *desacato*⁵ en América Latina, ha sido objeto de condena expresa por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Así, la Comisión ha expresado:

“La aplicación de leyes para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección de la que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte indirectamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. Si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, es precisamente el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y estructurar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública”.

Y agregó:

“Es más, la Comisión observa que contrariamente a la estructura que establecen las leyes de desacato en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas -y no menos expuestas- al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación y la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía deben demostrar mayor tolerancia a la crítica”.⁶

5 Una de las acepciones de esta voz, poco empleada entre nosotros, pero expresada en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es: “Delito que se comete calumniando, injuriando, insultando o amenazando a una autoridad en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ya de hecho o de palabra, o ya en escrito que se le dirija.”

6 Citado en el Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de expresión, 1999.

Por su parte, el párrafo 11 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* aprobado por la misma Comisión en su 108 período de sesiones, determina:

“Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato”, atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”.

De nuevo, pues, la Sentencia 1.013 entra en abierta contradicción con los estándares internacionales sobre derechos humanos y con la concepción más moderna de la libertad de expresión en una sociedad democrática.

Sexto: La sentencia censura la orientación ideológica de los medios de comunicación.

En efecto, la sentencia expresa:

“También es un atentado a la información veraz e imparcial tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros, mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores”.

Este párrafo de la Sentencia 1.013 merecería de por sí todo un comentario separado. ¿Qué es, a la hora actual, una tenencia ideológica? ¿Por qué es contrario a la información “veraz e imparcial” que un medio adopte una “tendencia ideológica”? ¿Qué sanción se ha de aplicar a un medio de comunicación por el crimen de adoptar una “tendencia ideológica”? ¿Qué cabida tiene semejante afirmación dentro de los valores de una sociedad democrática?

La sentencia insiste sobre el tema de la información oportuna, veraz e imparcial. Es muy discutible este enunciado del artículo 58 de la Constitución y su interpretación tiene que hacerse a la luz de los estándares internacionales, si no se quiere violentar la libertad de expresión y el derecho a la información.

Si alguien encontrara criterios infalibles para determinar que toda información es “oportuna, veraz e imparcial”, la información sería siempre la misma y sería recibida en el mismo momento “oportuno” por su destinatario. No se trata sólo de una negación de la libertad de pensamiento (por su naturaleza diverso), o de interpretación de los hechos (necesariamente heterogéneos) o de la libertad de expresar cada uno lo que conoce o piensa, o de hacerlo cuando le parezca oportuno. Estos calificativos de la Constitución y los apellidos que le agrega a la libertad de información están por debajo de los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos. Si toda persona tiene derecho a recibir información *oportuna*, alguien debería tener a su cargo el poder de arbitrar cuándo una información no se suministró oportuna.

tunamente o, peor aún, cuándo una información se difundió de manera inoportuna. En rigor, sólo excepcionalmente existe el deber o la carga de proporcionar información oportuna y ello está normalmente conectado con el ejercicio de la función pública, la prestación de servicios públicos, la protección de la ciudadanía o los procesos judiciales o administrativos.

Por eso, lo importante no es que alguien o algo pretenda erigirse en juez o censor de que una información es “veraz, imparcial y oportuna”, sino la pluralidad de fuentes de información que permita a toda persona formarse su propia conclusión sobre el valor de la información que recibe. Es esa la otra “dimensión” de la libertad de expresión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encargó de destacar:

“Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”.⁷

De lo que se trata, entonces, es de garantizar la pluralidad y la competencia entre los medios, como lo que en el fondo *es el único mecanismo apropiado para que la sociedad sea informada, en ejercicio de una libertad de expresión sin restricciones, de una manera veraz, imparcial y oportuna.*

Séptimo: La sentencia intenta regimentar la forma de expresarse.

Es inverosímil que la Sala Constitucional, que en muchas de sus sentencias hace afirmaciones descalificadoras gratuitas⁸, pretenda ahora establecer reglas según las cuales las personas estén autorizadas para expresarse. Dijo la Sala:

“Resulta un abuso de los medios, que contraría la libertad de información, emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas, pensamientos, juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable. De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado”.

⁷ Corte IDH: *La colegiación obligatoria de periodistas*, cit., pág. 35

⁸ Basta con citar, en la propia Sentencia 1.013, la expresión *dislate periodístico*; o la de *escuálido recurso* con la que calificó a la acción intentada por la Red de Veedores de la UCAB contra el Consejo Nacional Electoral (sentencia del 23 de agosto de 2000).

¿A qué viene semejante *dislate*? ¿Cuál es la relación entre esa elucubración sin fundamento y la acción de amparo intentada por Elías Santana y *Queremos Elegir*? La pretensión de regular el vocabulario es una sorprendente novedad entre las intrusiones del poder en la libertad de expresarse.

Hasta aquí los comentarios puntuales a la Sentencia 1.013. Caben muchos otros, que seguramente figuran en los demás artículos de esta publicación. Todos terminan orientándose en una misma dirección: el recorte de la libertad de expresión y del derecho de rectificación, respuesta o réplica y la violación de las reglas del debido proceso, con una argumentación que no era necesaria para desestimar la acción de amparo constitucional promovida por Elías Santana.

Más grave aún han sido las secuelas de la sentencia comentada, parte de las cuales ocuparán la segunda parte de este comentario. Detengámonos por ahora en la sentencia del 19 de julio de 2001, que declaró improcedente la Acción de Interpretación de Normas Constitucionales que, en fecha 22 de junio de 2001 interpuso el profesor Hermánn Escarrá, en su condición de agente de Venezuela ante los órganos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos. El profesor Escarrá había considerado, con toda razón, como “indefendible” el fallo del 12 de junio de 2001, e interpuso el recurso de interpretación para dar a la Sala una oportunidad de rectificar. Como consecuencia de la sentencia del 19 de julio, el profesor Escarrá renunció a su condición de agente del Estado.

Esta última sentencia, detrás de una reducción que revela la erudición del ponente (José M. Delgado Ocando) en la utilización del vocabulario propio de la Filosofía del Derecho (que es su especialidad), puso las cosas al desnudo:

“Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione). En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”. (Énfasis añadidos).

Más adelante, agrega:

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: ¿JUEZ O PARTE?

“Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo”.

Ya sabemos, pues, a que atenernos: la Constitución se interpreta y se interpretará políticamente. No importa lo que su texto exprese, debe leerse, aún y especialmente, en materia de derechos humanos en el sentido que mejor favorezca, no al titular del derecho, sino al proyecto político en marcha. Se ha formalizado la politización de la justicia y el sometimiento de su independencia al proyecto político que conduce el Jefe del Estado.

En ese contexto, no es extraño que la Sala haya arremetido contra organizaciones independientes de la sociedad civil que no pueden apegarse a semejante criterio totalizante. Por ello, de conformidad con el plan de exposición antes enunciado, corresponde ahora examinar algunos de los maltratos a los que la Sala Constitucional ha sometido a las organizaciones de la sociedad civil.

2. *Segunda máxima: El poder público prevalece sobre la sociedad civil*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo exhibe una sistemática tendencia a maltratar, reducir y despreciar a las organizaciones de la sociedad civil. En cambio, expresa una manifiesta laxitud a la hora de admitir su participación en determinados procedimientos, tal como lo pauta la Constitución y, de manera concomitante, a ignorar límites que el Texto Fundamental impone al ejercicio de ciertos actos del poder público. Ambas cuestiones serán objeto inmediato de la atención de este comentario.

A. *El maltrato del Tribunal Supremo a las organizaciones de la sociedad civil.*

En sentencia del 30 de junio de 2.000, la Sala Constitucional, violentando el debido proceso como luego lo haría en la Sentencia N° 1.013, declaró improcedente *in limine litis*, vale decir, sin mediar contradicción procesal, el recurso de amparo interpuesto por la Defensoría del Pueblo contra la designación de los integrantes del Consejo Nacional Electoral. No se cumplieron entonces los extremos previstos por la Constitución, particularmente en lo que toca al requerimiento según el cual, estando dicho Consejo integrado por cinco miembros, “tres de ellos o ellas serán postulados o postuladas por la sociedad civil” (art. 296), todo ello dentro del concepto de *sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural*, que postula la misma Constitución.

Como principal fundamento para desestimar el amparo propuesto por la Defensoría del Pueblo, consideró la Sala Constitucional que:

“No existe en la actual legislación, normas que regulen al Consejo Moral Republicano, al cual pertenece por derecho propio la institución accionante, ni cómo se elige su Presidente, ni cuál es su organización y forma de funcionamiento, ya que ello lo establecerá una Ley Orgánica (artículo 273 de la vigente Constitución) aun no promulgada, y aunque era conveniente, a juicio de esta Sala, el que se hubiere consultado a los integrantes de derecho del Consejo Moral Republicano, para la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, la ausencia de esta consulta no viola la Constitución, mientras el Consejo Moral Republicano no se encuentre legalmente constituido y regulado, por lo que la Comisión Legislativa Nacional no infringió ley alguna”.

No es cuestión ahora de valorar este argumento, sobre el que se volverá, sino de destacar que, nuevamente en la periferia del fundamento del fallo y sin que fuera en lo absoluto necesario para justificar la “improcedencia” de la acción de amparo, la Sala Constitucional arremetió desconsideradamente contra la sociedad civil y sus organizaciones:

“En la actualidad no hay disposiciones legales que reglamenten quiénes conforman la sociedad civil, y cómo ella hará la escogencia de quienes la representen -sociedad que es de todos los venezolanos- que se contraponen a las organizaciones políticas, y del cual deben excluirse -igualmente- las instituciones militares y *eclesiásticas*, ya que los componentes de ambas instituciones tienen en las leyes una serie de limitaciones que a juicio de esta Sala demuestran que debido a ellas, no podrían ser los legítimos representantes de esa sociedad no política.

Pero la sociedad civil no puede ser representada por personas que se atribuyan tal representación sin respaldo alguno del conglomerado social; ni por representaciones de los partidos políticos, o por personas que han hecho de la política su actividad principal, ya que de ser así no se lograría el fundamento del aludido artículo 296, el que los electos no tengan vinculación con las organizaciones políticas.

Es más, la sociedad civil debe ser representada por instituciones transparentes en cuanto a sus objetivos y su permanencia en el tiempo en relación a esos objetivos, *impidiéndose tal representación a grupos advenedizos* o a asociaciones o sociedades civiles que esporádicamente vienen a actuar en la vida con fines muy precisos, como los electorales, así como a individualidades que se autopostulan, ya que al así hacerlo denotan carecer de respaldo colectivo. *Los representantes de la sociedad civil, son asociaciones, grupos e instituciones venezolanas (sin subsidio externo) que por su objeto, permanencia, número de miembros o afiliados y actividad continua, han venido trabajando desde diversos ángulos de esa sociedad, para lograr para ésta una mejor calidad de vida, desligadas del gobierno y de los partidos políticos. Desde este punto de vista, la mayoría de los miembros electos y sus suplentes, tienen nexos con este tipo de instituciones”.*

Destaquemos algunos conceptos de los pasajes citados. En primer término se ignoran ciertas nociones fundamentales para la participación de la sociedad civil organizada en los asuntos públicos. El primero es que el concepto de sociedad civil se opone al de poder público. Por lo tanto, es

válido afirmar que el sector castrense no forma parte de la sociedad civil, e incluso que los partidos políticos como tales, por su vocación de conquistar y ejercer el poder público, tampoco deben considerarse en sentido estricto como organizaciones de la sociedad civil. Sin embargo, ¿por qué excluir a la *instituciones eclesiásticas* de la sociedad civil? Las iglesias de todos los credos están más cerca del pueblo y conocen mejor sus necesidades y aspiraciones que muchas otras organizaciones y, si bien es cierto que tienen reglas internas que, en mayor o menor medida, pueden condicionar o limitar su independencia, ello no debería descartarlas de plano como vehículo de expresión de las aspiraciones de la sociedad civil.

Por otra parte, parece requerirse de las organizaciones de la sociedad civil que sean “representativas”. ¿De qué o de quiénes? Las organizaciones de la sociedad civil no son conceptualmente instrumentos de *representación* sino de *participación*, de acuerdo con los valores y principios que las guíen. Más aún, en el caso de las organizaciones de derechos humanos, especialmente en países donde se las persigue y se las hostiga, es frecuente que el número de sus integrantes y su identidad sea desconocido por razones de seguridad. Lo relevante no es el número de personas que están representadas por ellas, sino qué valores encarnan y cuál es la dimensión de su actividad. En el campo de los derechos humanos ha florecido en Venezuela, desde el régimen político emanado de la Constitución de 1961 y más ahora, un significativo conglomerado de organizaciones no gubernamentales que se agrupan en el *Foro por la Vida*. Ellas son expresión genuina (aunque no exclusiva) de la sociedad civil venezolana. Sin embargo, en los términos en los que está redactada la sentencia, muchas de ellas podrían quedar excluidas de la condición de voceras de la sociedad civil.

Más aún, se afirma que “los representantes de la sociedad civil, son asociaciones, grupos e instituciones venezolanas (*sin subsidio externo*)...” ¿Ignora la Sala la legitimidad de la solidaridad internacional? ¿Pretende que los principios de “cooperación, respeto a los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad” proclamados por el artículo 152 de la Constitución son monopolio del gobierno y que al ser aprovechados por el pueblo son factores de descalificación?

Muchas organizaciones de la sociedad civil, en particular en el campo de los derechos humanos, luchan frente a los abusos del poder político y económico en el país. ¿Podrían subsistir como entidades independiente y útiles dependiendo de subsidios públicos o privados venezolanos? En un arrebato nacionalista, insinuando quizás, como lo hace en otra sentencia que se comentará en seguida, que la recepción de apoyo financiero de fundaciones o agencias de cooperación extranjeras convierte a dichas organizaciones automáticamente en instrumento al servicio de intereses foráneos. Eso no es cierto, hasta prueba en contrario. Lo que sí sería cierto, hasta prueba en con-

trario, es que si tales entidades dependieran del financiamiento del sector público venezolano, jamás serían independientes frente a éste y, por lo tanto perderían su utilidad.

La sentencia, como si fuera poco, aspira a una sociedad civil regimientada: *“En la actualidad no hay disposiciones legales que reglamenten quiénes conforman la sociedad civil...”* En la organización de la sociedad civil, la libertad es la regla y cualquier régimen que pretenda restringir esa libertad desfigura tal organización.

La agresión a las organizaciones de la sociedad civil no se agotó en esa sentencia. Más tarde, el 23 de agosto de 2000, la Sala Constitucional declaró inadmisibile un recurso de hábeas data, fundado sobre el artículo 28 de la Constitución, introducido por Ruth Capriles y otros, todos ellos integrantes de la organización *Red de Veedores de la UCAB*, contra el Consejo Nacional Electoral. Los accionantes habían requerido de este último cuerpo la data original de los escrutinios de las elecciones celebradas el 30 de julio de ese año, lo que requería información sobre el conteo de los votos, mesa por mesa. La Sala declaró inadmisibile el recurso. Hubiera podido limitarse para ello con el argumento de que no se reunían en la especie los extremos del artículo 28 de la Constitución, lo que constituye una interpretación restrictiva del mismo, de por sí repugnante y criticable, pero que hubiera limitado el alcance y el debate sobre la sentencia a una cuestión esencialmente técnico jurídica.

Sin embargo, una vez más de manera innecesaria, el referido fallo se remontó en su periferia a emitir expresiones descalificadoras de los accionantes, cuyo servicio en la lucha contra el fraude electoral en Venezuela es notorio y de larga data. También la emprendió contra las organizaciones de la sociedad civil en su conjunto. En efecto, después de calificar la acción como un *“escuálido recurso”* en franco irrespeto hacia los demandantes y sus abogados, afirmó la Sala:

“Es deber de esta Sala declarar que carecen de legitimación procesal todas aquellas personas, grupos o entes que fuera del campo de los intereses difusos o colectivos, pretenden representar a la ciudadanía, al pueblo, a la sociedad civil y a otras instituciones semejantes, que no han sido electos por nadie para cumplir tal representación, que se desconoce cuáles son sus intereses, ya que no existe estatuto o ley que las rija y que no se sabe a cuál comunidad o sociedad representan, si es a la venezolana o a una extranjera cuyas directrices siguen.

Tales grupos con proyección en los medios de comunicación, buscan presentarse como interlocutores a nombre del pueblo o la sociedad, sin que exista base legal o popular que los legitime, y por ello no pueden ser aceptados con las representaciones que unilateralmente (sin base legal) se atribuyen.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tomó en cuenta la ciudadanía, otorgándole una serie de derechos cívicos que ya esta Sala ha resaltado en fallos de fecha 30 de mayo de 2000 y 27 de julio de 2000 (*Casos Defensoría del Pueblo y Segucorp*), abriéndole las puertas para que colaboren en áreas de la conducción del Estado, y así, por ejemplo, a los diferentes sectores

de la sociedad se les invita a integrar el comité de postulaciones judiciales (artículo 270 de la vigente Constitución); a la sociedad civil a postular miembros para el Consejo Nacional Electoral (artículo 296 *eiusdem*); a las asociaciones con fines políticos la posibilidad de postular candidatos en los procesos electorales (artículo 67 *eiusdem*); de esta manera se permite a asociaciones, organizaciones y grupos representar a la sociedad en los espacios que a ese fin abra la Constitución. Pero tales atribuciones sólo pueden hacerse conforme a la ley, ya que *resultaría un peligro y un absurdo para la defensa y la seguridad nacional y para la estabilidad democrática o social, que grupos humanos con intereses antinacionales se dediquen a intervenir en las áreas abiertas a la sociedad civil con el fin de sabotear u obstruir la defensa del país, su seguridad interna o los planes económicos del Estado o la economía en general.*

Por ello, es criterio de esta Sala y sin prejuzgar sobre los accionantes, a los cuales no está dirigida la advertencia, que *mientras la ley no cree los mecanismos para determinar quiénes pueden representar a la sociedad civil en general o a sectores de ella en particular, y en cuáles condiciones ejercer tal representación, no puede admitirse como legítimos representantes de la sociedad civil, de la ciudadanía, etc., a grupos de personas que por iniciativa propia se adjudiquen tal representación, sin que se conozca cuál es su respaldo en la sociedad ni sus intereses; y sin que pueda controlarse a qué intereses responden: económicos, políticos, supranacionales, nacionales o internacionales.*

Esta Sala ha sostenido que *las normas constitucionales tienen aplicación inmediata*, por ello antes que la ley establezca las formas de participación ciudadana establecidas en la Constitución y los elementos que legitiman tal representación, ha permitido que organizaciones, asociaciones o grupos de personas de reconocida y extensa trayectoria en sus respectivos campos, o conformados de acuerdo a las leyes (tales como las asociaciones de vecinos legalmente constituidas), actúen en las áreas que la Constitución abre a la participación ciudadana; pero ello no se extiende a cualquier grupo que se autoproclame representante de la sociedad civil, y que sin llenar requisito legal alguno, pretenda, sin proporcionar prueba de su legitimidad, más allá del uso de los medios de comunicación para proyectarse públicamente, obrar por ante la Sala Constitucional, sin ni siquiera poder demostrar su legitimación en ese sentido.

La función pública se haría caótica, si cualquier asociación o grupo de personas, arrogándose la representación de la ciudadanía o de la sociedad civil, pretendiere fuese consultada antes de la toma de cualquier decisión; o exigiere de los poderes del Poder Público la entrega de documentos, datos o informaciones sin que la ley los faculte para ello; o quisiera ingresar a dependencias del Estado a indagar sobre lo que allá acontece sin que ninguna disposición legal se lo permita. *Tal situación caótica se acentuaría si estos entes mediante el uso de los medios de comunicación trataran de formar matrices de opinión pública favorables a sus pretensiones cuando ellas carecen de fundamento legal.* (Énfasis añadidos).

Nuevamente, la Sala la emprendió contra las organizaciones de la sociedad civil, sospechosas de servir a intereses *económicos, políticos, supranacionales, nacionales o internacionales*; *“que no se sabe a cuál comunidad o sociedad representan, si es a la venezolana o a una extranjera cuyas directrices siguen”*; y que resultaría *“un absurdo para la defensa y la seguridad nacional y para la estabilidad*

democrática o social, que grupos humanos con intereses antinacionales se dediquen a intervenir en las áreas abiertas a la sociedad civil con el fin de sabotear u obstruir la defensa del país, su seguridad interna o los planes económicos del Estado o la economía en general”.

Es inverosímil que la misma Sala que descalifica en tales términos panfletarios y sin razonamiento alguno a las organizaciones de la sociedad civil haya censurado en la ya citada sentencia del 12 de junio de 2001 a los medios de comunicación por

“Emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas, pensamientos, juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable. De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado”.

Huelgan comentarios.

En los párrafos citados de la sentencia del 23 de agosto de 2000, la Sala también la emprende contra los medios de comunicación, como instrumento de las aviesas organizaciones de la sociedad civil. También redundante en que es necesaria una ley que las rija y, además, determine *“quiénes pueden representar a la sociedad civil”*. Aspira la Sala que la sociedad Civil no sea libre, sino regimentada; además, aunque reconoce que la Constitución es de aplicación inmediata, ello no ocurre con el funcionamiento de la sociedad civil. La Sala quiere una sociedad civil regimentada y programática. Vale decir que ¡la sociedad civil no existe mientras no se ponga en vigencia una ley que la limite! Este exabrupto es contradictorio, no sólo con toda racionalidad, sino con los valores y normas presentes en la parte dogmática de la Constitución. La Sala la interpreta *contra homine* y de manera reiterada. La Sala está al margen de la Constitución.

Otra forma de ponerse al margen de la Constitución la encontramos en casos emblemáticos relativos a los límites a la discrecionalidad de la Asamblea Nacional para escoger a los miembros del Consejo Nacional Electoral y del propio Tribunal Supremo de Justicia.

B. *El desvanecimiento de los controles a la discrecionalidad de la Asamblea Nacional*

En el caso del Consejo Nacional Electoral, la aludida sentencia de 2000, al declarar improcedente *in limine litis* el amparo interpuesto por la Defensoría del Pueblo, burló el artículo 296 de la Constitución:

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: ¿JUEZ O PARTE?

“El Consejo Nacional Electoral estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos o ellas serán postulados o postuladas por la sociedad civil, uno o una por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales y uno o una por el Poder Ciudadano.

Los o las integrantes postulados o postuladas por la sociedad civil tendrán seis suplentes en secuencia ordinal, y cada designado o designada por las universidades y el Poder Ciudadano tendrá dos suplentes, respectivamente”.

La Defensoría del Pueblo había denunciado:

“1) No hubo representatividad ni igualdad de oportunidades, por cuanto en la “mesa de diálogo”, no se encontraban los diversos sectores de la sociedad civil, se encontraba la iglesia católica, mas no representantes de otros credos, se encontraban los representantes de los empresarios, mas no representantes de los trabajadores, en consecuencia, no estaba representado el pueblo de Venezuela. 2) No hubo igualdad de condiciones, por la dualidad de funciones de postulación y evaluación de los miembros de mesa hacia los postulados. 3) No hubo diálogo suficiente, que permitiera la evaluación objetiva de los postulados, conforme al perfil requerido para ocupar el cargo”.

Frente a esto, la Sala desestimó el amparo reconociendo que

“Dicho artículo (296) se funda en un régimen de postulaciones ante la Asamblea Nacional, el cual aún no ha sido reglamentado, motivo por el cual, la Comisión Legislativa Nacional está en la imposibilidad de cumplir con él. Sin embargo, observa esta Sala, que según noticias de prensa, no controvertidas, y difundidas coetáneamente por los medios de comunicación social escritos, radiofónicos y audiovisuales, por lo que se trata de un hecho comunicacional que demuestra la veracidad de la noticia, los electos como miembros provienen de asociaciones u organizaciones no políticas, así como de universidades, por lo que este requisitos sobre las condiciones de los electos –para lo cual la Comisión Legislativa Nacional no aplicó el artículo 296- sin embargo, coincide con el espíritu de dicha norma constitucional”.

Se convalidó así la designación “a dedo” de los integrantes del CNE, ignorando de nuevo a la sociedad civil, por no estar todavía regulada. No existe.

Más grave aún, por lo descarado, fue el caso de las postulaciones para los titulares definitivos del Poder Ciudadano y, especialmente, del mismo Tribunal Supremo de Justicia.

El artículo 263 de la Constitución establece:

“Para ser magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia se requiere:

1. Tener la nacionalidad venezolana por nacimiento, y no poseer otra nacionalidad.
2. Ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad.

3. Ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título universitario de postrado en materia jurídica; o haber sido profesor universitario o profesora universitaria en ciencia jurídica durante un mínimo de quince años y tener la categoría de profesor o profesora titular; o ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones.
4. Cualesquiera otros requisitos establecidos por la ley”.

La Defensoría del Pueblo promovió una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia. En este último caso, la aplicación de la mencionada Ley facilitaría la designación o ratificación como titulares definitivos a Magistrados que no reunían las condiciones prescritas por la Constitución. La acción de nulidad fue acompañada de una solicitud de medida cautelar y de un amparo cautelar.

Por un curioso auto del 12 de diciembre de 2001, la Sala Constitucional negó la medida cautelar y pidió a la Defensoría del Pueblo “que aclare la solicitud de amparo cautelar”.

En el mismo auto, sin embargo la Sala Constitucional hizo una prodigiosa interpretación para autolegitimarse, aun sin reunir los requisitos prescritos:

"Resultado de la aplicación necesaria del Régimen de Transición del Poder Público, el cual -como lo apunta esta Sala- es de rango constitucional, es que solo con respecto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia ha de utilizarse la figura de la ratificación, la cual carece de previsión en la Constitución, por lo que la frase del artículo 21 del Régimen de Transición del Poder Público, según la cual las ratificaciones definitivas se harán de conformidad con la Constitución, carece de aplicación, ya que como antes apuntó la Sala, la vigente Constitución no previno normas sobre ratificación de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia

En consecuencia, el régimen de ratificación debe ser especial, orientado hacia el cual ha sido el rendimiento de los Magistrados a ratificarse y la calidad de sus ponencias, ya que son éstos los parámetros que permiten conocer la calidad de quienes como Magistrados ya han impartido justicia desde la más alta Magistratura, y por tanto se han hecho o no dignos de ratificación.

Exigírsele a dichos Magistrados, además, otros requisitos que ni la Constitución (que no previó la figura), ni ninguna otra ley contempla, es crear una discriminación en contra de los ratificables, en relación con quienes no han sido Magistrados, que aspiran integrar las Salas del Tribunal Supremo de Justicia”.

El razonamiento, si puede llamarse tal, es verdaderamente sorprendente: La Constitución no previó las condiciones para la ratificación de los Magistrados provisionales. En lugar de concluir que no existía, por lo tanto, un régimen especial para ellos, la Sala concluyó ¡que no se les aplicaba la Constitución! ¡Que estaban por fuera y por encima de la Constitución! Que aplicarles la Constitución ¡era crear una discriminación en contra de los ratificables!

Además de otras curiosidades parecidas, la Sala encontró el camino para saltarse la exigencia constitucional de “*ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años*”. La Sala Constitucional concluyó que este requisito no se aplica a sus integrantes, “*porque las atribuciones y competencias de esta Sala, en materia de protección de la Constitución abarca varios ámbitos, que exceden la especialidad académica del Derecho Constitucional*”. Resultado: ¡Ninguno de los integrantes de la Sala Constitucional es especialista en Derecho constitucional!

La Sala actuó como juez y parte y se puso de nuevo al margen de la Constitución.

También pretende ponerse al margen del derecho internacional de los derechos humanos.

II. EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las secuelas de la sentencia del 12 de junio de 2001 se han revelado, hasta la fecha de redacción de este comentario, aún peores que el fallo mismo. Por una parte está la ya citada sentencia del 19 de julio de 2001 que declara improcedente el recurso de interpretación interpuesto por el profesor Hermán Escarrá, sobre la que volveremos; por otra parte está un inédito y curioso “Acuerdo Institucional” de la Sala Plena, adoptado el 25 de julio de 2001⁹ solidarizándose con la Sala Constitucional y con el Magistrado ponente (Jesús Eduardo Cabrera)¹⁰, frente a las justificadas y agudas críticas a la Sentencia N° 1.013. Dicho acuerdo contiene diversas manifestaciones de

9 En la misma fecha se emitió una no menos inédita y curiosa proclama dirigida “a la opinión pública nacional e internacional”, destinado a ejercer una suerte de derecho de réplica contra declaraciones atribuidas por el Presidente de la Sociedad Interamericana de Prensa, Sr. Danilo Arbilla. No incluyo esa proclama en este comentario porque carece de relevancia jurídica, pero me pregunto si existe en la práctica de Cortes o Tribunales Supremos de Justicia en cualquier parte del mundo precedentes de emisión de pronunciamientos semejantes. *Cuando al juez no le basta su sentencia para justificarse, algo anda mal*

10 El magistrado Cabrera ha tenido el dudoso privilegio de ser también el ponente en los citados y comentados fallos del 30 de julio y 23 de agosto de 2.000, así como del autolegitimador auto del 12 de diciembre del mismo año.

solidaridad y censura “*las declaraciones que en términos peyorativos e irrespetuosos se han expresado a través de los medios de comunicación social, en las cuales se endilgan supuestas extralimitaciones de las funciones propias de la Sala Constitucional, tergiversando los conceptos jurídicos que sustentan la decisión y atribuyéndole menciones y propósitos ajenos a su contenido*”. Todo eso es irrelevante.

Llama a preocupación, en cambio, lo expresado en los “considerandos” antepenúltimo y penúltimo del referido “Acuerdo Institucional”:

CONSIDERANDO:

Que las decisiones de este Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas, no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre.

CONSIDERANDO:

Que los tratados, pactos o convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tienen jerarquía constitucional y por tanto su interpretación jurídica corresponde a la Sala Constitucional de este Alto Tribunal.¹¹

Estas afirmaciones anuncian que muy pronto se correrá el riesgo de que Venezuela se ponga al margen de la ley también en el Derecho internacional, y muy en especial frente el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, las afirmaciones hechas en el “Acuerdo Institucional” del Tribunal Supremo de Justicia violentan principio básicos de Derecho internacional convencional y consuetudinario, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de los órganos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el texto de la misma Constitución de 1999. Esto es válido tanto en lo que se refiere al sometimiento de los procesos y sentencias del Tribunal Supremo al Derecho internacional y a sus órganos de interpretación y aplicación, como en lo que toca a la interpretación de los tratados sobre derechos humanos por las entidades internacionales de protección. Se comentarán a continuación ambos aspectos.

11 A estos considerandos se une la no muy humilde declaración atribuida al Presidente de la Sala Político Administrativa, magistrado Levis Ignacio Zerpa, según la cual “los fallos de este tribunal sólo tienen recursos ante Dios, de acuerdo con la Constitución que establece que Dios nos ilumina a todos.” (Diario *El Universal*, 21 27-7-2001, pág. 1-8; las comillas son del original, lo que hace presumir, de conformidad con la práctica periodística, que la cita es textual)

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: ¿JUEZ O PARTE?

Afirma la Sala Plena que las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia no están sometidas a instancias internacionales “*porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre*”.

Sobre semejante afirmación cabe observar:

1. *Sobre el tema de la soberanía frente a la protección internacional de los derechos humanos.*

La persona humana es sujeto de Derecho internacional. Desde la fundación de las Naciones Unidas, y a raíz precisamente de los crímenes que bajo el amparo de una anticuada y pervertida noción de soberanía, se cometieron en la era nazi-facista-stalinista, se ha venido instaurando progresivamente un complejo sistema de protección internacional de los derechos humanos, que habilita al ser humano a hacer valer sus derechos frente a cualquier Estado que los haya violado, incluso el Estado del que cual es nacional. La afirmación de la soberanía como pretexto para eludir la acción de los órganos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos es un arcaísmo que nadie, medianamente conocedor del Derecho internacional contemporáneo, se atreve a sostener. La dignidad humana está por encima de la soberanía del Estado, cualquiera sea el órgano a través del cual se ejerza dicha soberanía. Quien pretenda sostener lo contrario ante la jurisdicción internacional actual se expone pura y simplemente al ridículo.

Por otra parte, cuando un Estado ratifica un tratado y se somete a la jurisdicción de un tribunal internacional, lo está haciendo en ejercicio de su soberanía. La ratificación del Pacto de San José y el reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Venezuela, *fueron actos soberanos*. ¿Con qué base racional podría ahora invocarse la soberanía para desconocer los efectos de esos actos soberanos? Quien pretenda esgrimir semejante alegación ante la comunidad internacional actual se expone pura y simplemente al ridículo.

Finalmente, en pleno ejercicio de su soberanía, Venezuela, con la aprobación explícita de su pueblo a través de un referéndum, proclamó una Constitución de vanguardia en materia de derechos humanos. Recordemos los artículos 23 y 31 de la Constitución:

“Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. (Énfasis añadidos).

“Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la

República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo". (Énfasis añadidos).

No es necesario ser especialista en Derecho constitucional ni en Derecho internacional, sino que basta con leer los citados textos y tener conocimiento de su origen, que por la voluntad "*del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre*", Venezuela reconoció la supraconstitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos en cuanto sean más favorables a la persona y estableció el deber de los tribunales, sin distinción de rango, de dar aplicación inmediata a dichos tratados. Igualmente, por la voluntad soberana de su pueblo, Venezuela reconoció el derecho de las personas bajo su jurisdicción de dirigir peticiones a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, para solicitar que se las ampare en su goce y ejercicio; y reconoció asimismo el carácter obligatorio de las decisiones de tales órganos.

¿Cómo podría un Estado que ha adoptado semejante Constitución de vanguardia invocar alegatos de soberanía para desconocer la competencia de las instancias internacionales para verificar si los actos del poder público infringen tratados sobre derechos humanos que obligan a la República? De hacerlo se expone nuevamente al ridículo ante su propio pueblo y ante la comunidad internacional.

Sin embargo, todos esos desaciertos están presentes en el "Acuerdo Institucional" de la Sala Plena. De alguna forma, también se insinúa en la sentencia del 19 de julio de 2001:

"La validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".

Este pasaje sólo se explica por la novedosa teoría de interpretación política de la Constitución expresada en el referido fallo. Desde luego que la validez del derecho internacional no depende de la Constitución venezolana ni de ninguna otra; y si a "orden social valorativo" vamos, éste está encabezado por el capítulo constitucional sobre derechos humanos, que el Tribunal Supremo pretende decapitar.

Por otra parte, ignora la Sala Constitucional, como también parece hacerlo la Plena en su "Acuerdo Institucional", como se vera en seguida, un

principio cardinal del Derecho internacional, recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, reiteradamente reconocida por la jurisprudencia como derecho internacional consuetudinario codificado, cuyo artículo 27 expresa que *un Estado "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado"*

2. *Sobre la competencia de los órganos de protección internacional de derechos humanos para conocer de las violaciones a dichos derechos imputables de órganos jurisdiccionales nacionales.*

El "Acuerdo Institucional" deniega competencia a las instancias internacionales para revisar las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Este enfoque es válido desde una sola perspectiva: las instancias internacionales no son una nueva y última instancia de aplicación del Derecho interno; pero si una actuación jurisdiccional viola el Derecho internacional de los derechos humanos, compromete la responsabilidad del Estado como ocurriría con todo acto de cualquier otro órgano del Estado que incurra en la misma infracción.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado:

*"La Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención"*¹². (Énfasis añadido).

En el mismo sentido, agregó la Comisión:

*"La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia"*¹³. (Énfasis añadido)

12 Comisión IDH, Informe N° 39-96. Caso 11.673 (caso *Marzióni*). Argentina. 15 de octubre de 1996; pár. 50).

13 *Ibid.*, pár. 51.

La máxima es, pues, simple: las instancias internacionales carecen de competencia para revisar la aplicación del Derecho interno por los tribunales nacionales; pero sí son competentes, en cambio, para conocer casos en los que, en ejercicio de la jurisdicción interna, se haya violado el Derecho internacional de los derechos humanos.

Dentro del Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido una jurisprudencia clara a este respecto. Recientemente, en el caso *La última tentación de Cristo*, cuyo presupuesto fue la prohibición de la exhibición de la producción cinematográfica del mismo nombre, por decisión de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en aplicación de disposiciones de la Constitución chilena, la Corte ha expresado:

“Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana”¹⁴. (Énfasis añadidos).

Más aún, en el caso la Corte decidió que el Estado chileno había violado la obligación contraída según el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de adaptar su derecho interno (en este caso la Constitución aprobada por referéndum en la era Pinochet), al no haberse adoptado las disposiciones de derecho interno necesarias para dar cumplimiento a dicho tratado:

“La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías”¹⁵

En su parte resolutive, la sentencia dispuso, *inter alia*:

14 Corte IDH: caso *“La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, N° 73; párs. 72 y 73.

15 *Ibid.*, pár. 85.

“LA CORTE,

por unanimidad,

1. *declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.*

.....

3. *declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia.*
4. *decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”¹⁶ (Énfasis añadidos).*

Es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable al Estado chileno por una decisión de su Corte Suprema de Justicia que aplicaba una norma constitucional incompatible con la Convención. Por lo mismo urgió al Estado a modificar su ordenamiento jurídico interno (en este caso la misma Constitución), para suprimir la censura previa.

La competencia de la Corte para dictar una sentencia de ese tenor resulta del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en términos muy amplios expresa:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

De acuerdo con principios generales de hermenéutica jurídica, particularmente el del “efecto útil” y, además, con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, según la cual éstos deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” la Corte está dotada de

¹⁶ *Ibid.*, pág. 103.

competencia para ordenar a los Estados sometidos a su jurisdicción, y que ha incurrido en una violación de la Convención Americana, *cualesquiera medidas que sean necesarias para que se "garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados"*.

En esa misma dirección, cabe recordar otro caso, que tuvo importante repercusión. La Corte concluyó que la justicia militar peruana (en la era Fujimori-Montesinos) había violado de manera tan radical las reglas del debido proceso en "juicios" que concluyeron en condenas gravísimas contra supuestos "terroristas", que el proceso en su conjunto debía tenerse como inválido. La Corte consideró que:

"En el presente caso hubo numerosas violaciones a la Convención Americana, desde la etapa de investigación ante la DINCOTE hasta el período de conocimiento por parte de los tribunales militares. Esto ha sido descrito, probado y resuelto en los capítulos precedentes de esta sentencia. En efecto, el proceso se siguió ante un órgano jurisdiccional que no puede ser considerado "juez natural" para hechos e inculpados como los que ahora nos ocupan; en ese procesamiento actuaron jueces y fiscales "sin rostro"; los inculpados no dispusieron de un defensor de su elección desde el momento mismo de la detención, y los defensores que finalmente les asistieron no contaron con la posibilidad de entrevistarse a solas con sus defensos, conocer oportunamente el expediente, aportar pruebas de descargo, contradecir las de cargo y preparar adecuadamente los alegatos. *Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del "debido proceso legal", que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención. Tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza. Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo - en un plazo razonable- un nuevo enjuiciamiento que satisfaga ab initio las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados. La Corte no se pronuncia sobre la libertad provisional de éstos, porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente"*¹⁷ (Énfasis añadido).

En consecuencia, la Corte decidió:

"por unanimidad,

13. *declara la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez y ordena que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal.*

¹⁷ Corte IDH: caso *Castillo Petruzzi y Otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52, pág. 221

“por unanimidad,

14. ordena al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna”¹⁸. (Énfasis añadidos).

Este caso dio origen a un grave incidente, puesto que el entonces gobierno del Perú considero que la Corte Interamericana estaba protegiendo terroristas y promovió la aprobación de una resolución legislativa, mediante la cual se pretendía retirar el reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “con efectos inmediatos”. Este último Tribunal reaccionó enérgicamente frente a tal medida, despojándola de todo efecto. Como el “Acuerdo Institucional” del Tribunal Supremo de Justicia parece contener un germen de desconocimiento de la competencia de las instancias internacionales para “revisar” sus sentencias, incluso cuando se las ha denunciado como violatorias de los derechos humanos, no es inútil recordar algunas de las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para afirmar su competencia frente al Perú, a pesar del pretendido retiro del reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de dicha Corte:

- “32. La cuestión del pretendido retiro, por parte del Perú, de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte y de los efectos jurídicos del mismo, debe ser resuelta por este Tribunal. La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*).
33. La Corte no puede abdicar de esta prerrogativa, que además es un deber que impone la Convención Americana, para ejercer sus funciones según el artículo 62.3 de la misma. Dicha disposición establece que
[l]a Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.
34. La competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su ju-

18 *Ibid.*, pár. 226

risdicción. *Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la compétence de la compétence, por ser maestra de su jurisdicción.*

35. Al interpretar la Convención conforme a su objeto y fin (cfr. *infra* 39), la Corte debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la Convención. Sería inadmisibles subordinar tal mecanismo a restricciones súbitamente agregadas por los Estados demandados a los términos de sus aceptaciones de la competencia contenciosa del Tribunal, lo cual no sólo afectaría la eficacia de dicho mecanismo, sino que impediría su desarrollo futuro.
36. *La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados Partes por razones de orden interno.*
37. Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tal como la referente a la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal. *Tal cláusula, esencial a la eficacia del mecanismo de protección internacional, debe ser interpretada y aplicada de modo que la garantía que establece sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos ... y su implementación colectiva.*
38. Según el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante “la Convención de Viena”),
[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
[...]
54. Por las razones anteriores, la Corte considera que es inadmisibles el pretendido retiro por el Perú de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte con efectos inmediatos, así como cualesquiera consecuencias que se busque derivar de dicho retiro, entre ellas, la devolución de la demanda, que resulta irrelevante¹⁹. (Énfasis añadidos).

19 Corte IDH: caso *Ivcher Bronstein. Competencia*. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C, N° 54; párs. 32-38 y 54. En el mismo sentido: Corte IDH: caso *del Tribunal Constitucional. Competencia*. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C, N° 55; párs. 31-37 y 53. Uno de los primeros actos del Gobierno del presidente Paniagua, después de la remoción de Fujimori por el Congreso, fue la de “normalizar” las relaciones del Perú con la Corte, incluido el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado en los dos casos mencionados.

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: ¿JUEZ O PARTE?

Es importante recordar estos casos precisamente cuando hay indicios serios, tanto en la sentencia del 19 de julio de 2001 de la Sala Constitucional como en el “Acuerdo Institucional” del 25 de julio siguiente de la Sala Plena, que el Tribunal Supremo de Justicia está encaminándose hacia el desconocimiento de la competencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, en franca violación del Derecho internacional y de los artículos 23 y 31 de la Constitución. En ese camino, en el “Acuerdo Institucional” el Tribunal pretende arrogarse, para su Sala Constitucional, la atribución exclusiva de la competencia para interpretar y aplicar las convenciones internacionales en materia de derechos humanos que obligan a la República.

3. *Sobre la interpretación de las convenciones internacionales en materia de derechos humanos, particularmente del Pacto de San José.*

El citado “considerando” penúltimo del “Acuerdo Institucional” de la Sala Plena, expresa que, de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución los tratados sobre derechos humanos “tienen jerarquía constitucional”, “su interpretación jurídica corresponde a la Sala Constitucional de este Alto Tribunal”.

Esta afirmación no es exacta, ni por lo que se refiere al Derecho interno, ni muchísimo menos por lo que toca al Derecho internacional.

A. *En lo que concierne al derecho interno*

La Sala Plena parece no haber realizado una lectura cuidadosa del artículo 23 de la Constitución.

“Según dicho artículo las convenciones internacionales sobre derechos humanos no tienen rango constitucional, sino *supraconstitucional*. En efecto, dicha norma establece que esos tratados “*prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución*”. Es decir, que si una convención internacional ofrece una protección más amplia a los derechos humanos que la ofrecida por la Constitución, debe prevalecer la Convención sobre la Constitución”.

Dicho artículo encuentra simétricamente una norma de interpretación análoga en el Pacto de San José (y en otros numerosos tratados sobre la materia. Según el artículo 29.b de dicho Pacto, ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en el sentido de “*limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*”.

De esto, se sigue que ninguna disposición de un tratado puede menoscabar la protección más amplia que brindan otras normas, sean de dere-

cho interno o de derecho internacional; y, a la inversa, que ninguna disposición de Derecho interno, ni siquiera de la Constitución, puede limitar la protección más amplia que ofrezca una convención internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en esa dirección, que “*si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*”²⁰. Este principio representa lo que Vasak ha calificado como “cláusula del individuo más favorecido”²¹, que es capital a la hora de interpretar un tratado sobre derechos humanos y ahora, por obra del artículo 23 de la Constitución, también de la Carta Fundamental.

Por otra parte, según el mismo artículo 23, dichos tratados “*son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público*”. No se trata entonces de una norma mediante la cual la Constitución someta las convenciones internacionales sobre derechos humanos a la interpretación exclusiva de la Sala Constitucional. Todos los tribunales de la República están obligados a aplicarlas, respetando su preeminencia por sobre el orden jurídico interno, incluso en ejercicio del control difuso de constitucionalidad previsto en el artículo 334 de la Carta Fundamental. Es imposible aplicar una norma sin interpretarla jurídicamente. Por lo tanto, todos los tribunales de la República están facultados para interpretar las convenciones sobre derechos humanos en las que Venezuela es parte.

Debe reconocerse, sin embargo, que la interpretación última de los tratados sobre derechos humanos, en la medida en que están incorporados al derecho interno venezolano y que se han integrado a la Constitución, corresponde a la Sala Constitucional en virtud de las funciones que, como intérprete de la Constitución, le atribuye el artículo 335 de la misma. Pero hasta allí llega la competencia de la Sala Constitucional sobre este tema: es el máximo intérprete de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Venezuela, en la medida en que los mismos constituyen derecho interno venezolano. En cambio, la Sala Constitucional no tiene competencia para agotar la interpretación de tales instrumentos en la medida en que éstos son esencialmente parte del Derecho internacional.

B. *Por lo que respecta al Derecho internacional*

Sería absurdo que la Sala Plena considerara que los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han quedado desprovistos de competencia para “la interpretación jurídica” de las convenciones sobre

20 Corte IDH: *La colegiación obligatoria de periodistas cit.*, pár 52.

21 *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme*, Editado por Vasak; K., UNESCO, París, 1978, p.710.

la materia, por la mera circunstancia de que ellas han quedado incorporadas a la Constitución venezolana. Esa incorporación está orientada al fortalecimiento de las aludidas convenciones y carecería de sentido afirmar que, por el hecho de haberse insertado en la Constitución venezolana, las mismas han perdido el carácter de instrumentos internacionales para el país y que los órganos internacionales encargados de velar por su cumplimiento habrían quedado súbitamente despojados de su competencia para vigilar su aplicación por parte de Venezuela.

En condiciones normales, sería de esperar que no sea ese el sentido que se ha querido dar al "Acuerdo Institucional". Ello sería no sólo contrario a la más elemental lógica, sino que infringiría principios básicos de Derecho internacional (*v. supra*: "La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*"). Por esa sola razón una pretensión semejante por parte de la Sala Constitucional no tendría efecto alguno en el ámbito internacional. Sin embargo, además, en tal supuesto se estarían violando numerosas disposiciones expresas de tratados internacionales, particularmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pasaré revista a algunas de las disposiciones a que aludo:

Artículo 33

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre *todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención*.²² (Énfasis añadido).

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de *la interpretación de esta Convención o de otros tratados concier-*

22 Como ya se ha dicho, Venezuela reconoció la competencia obligatoria de la Corte por declaración depositada el 24-6-1981. También hemos comentado la reacción de la Corte ante la pretensión peruana de retirar el reconocimiento de su competencia obligatoria, retiro al que negó todo efecto jurídico.

tes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. (Énfasis añadido)

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención *se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*
2. *La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".* (Énfasis añadidos).

Creo que huelgan comentarios sobre la posición en la cual quedaría Venezuela si el Tribunal Supremo de Justicia pretendiera desconocer las facultades explícitamente atribuidas a los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De hacerlo, no sólo se pondría una vez más al margen de la Constitución, como ya lo ha hecho reiteradas veces la Sala Constitucional; sino también al margen del Derecho internacional. En suma, *un Estado fuera de la Ley.*

CONCLUSIÓN

Dos breves reflexiones a título de conclusión.

En la primera parte de este comentario, me he referido a varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia que hubieran podido alcanzar el mismo resultado sobre el fondo de los fallos, limitándose a analizar estrictamente el caso sometido a su decisión. Sin embargo, incurriendo en vicios de técnica judicial notorios, se han extendido en otras consideraciones de diversa índole, sobre materias que no estaban planteadas en la especie, y que configuran supuestos de *extra petita*. Visto lo reiterado de la práctica no es posible reducirla al simple resultado de un error. Particularmente, porque todas las incongruencias y divagaciones de los fallos aludidos se orientan en la misma dirección: 1. Evitar *elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado* (sentencia del 19-7-2001). 2. Descalificar a la sociedad civil organizada, en particular a las organizaciones de derechos humanos. 3. Debilitar los mecanismos de control del ejercicio del poder público.

En definitiva, el Tribunal Supremo de Justicia, y muy en particular su Sala Constitucional, ha tomado partido. El "proyecto político" es el fin su-

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: ¿JUEZ O PARTE?

premo, al punto que en la Constitución no debe leerse todo aquello que estorbe a la ejecución de la política del “proyecto”. El Tribunal Supremo de Justicia ha tomado partido a favor del poder y contra la persona humana. Por su propia confesión no es juez, es parte.

Algo parecido ocurre en el ámbito internacional. El Tribunal Supremo de Justicia no oculta su intención de pretender sustraerse a la competencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Aspira ser un juez parcializado y, además, impune. No lo conseguirá.

El Tribunal Supremo de Justicia ha dejado de ser un tribunal. Es un mero instrumento del poder.

**COMENTARIOS SOBRE LA INCOMPATIBILIDAD
DE LA SENTENCIA 1.013 CON LA CONVENCION AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS**

Carlos M. Ayala Corao

*Ex Presidente de la Comisión Interamericana
de Derechos Humanos*

*Profesor de Derecho Constitucional de la
Universidad Católica "Andrés Bello" y
Universidad Central de Venezuela*

INTRODUCCIÓN

Con fecha 12 de junio de 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela publicó la Sentencia N° 1.013 aprobada por los cinco jueces que integran dicha Sala, bajo la ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero. Esta sentencia -no sin razón- se convirtió desde el mismo día de su emisión, en uno de los fallos más polémicos y criticados en la historia del país. Mediante la Sentencia N° 1.013 la Sala Constitucional *in limine litis*, ello es, sin darle el trámite de ley declaró, "improcedente" el amparo constitucional ejercido por Elías Santana (E. Santana), actuando en su propio nombre y en representación de la Asociación Civil Queremos Elegir (Queremos Elegir), "[...] frente a la negativa de los ciudadanos Presidente de la República, Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia, Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, de permitírnos el ejercicio del derecho de réplica respecto de los planteamientos hechos por el conductor del programa radial 'Aló, Presidente' en sus emisiones del domingo 27 de agosto y del domingo 3 de septiembre de 2000, cuyo origen de

transmisión fue Radio Nacional de Venezuela, y retransmitida por diferentes medios de comunicación radial y televisivo”¹.

La polémica generada por este fallo no fue tanto por el hecho de no haberle concedido la razón a E. Santana, sino por el cúmulo de conceptos en los cuales se fundó la sentencia, en la que la Sala advirtió expresamente “que será doctrina vinculante en la interpretación de los artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental”. Ello quiere decir que la Sala Constitucional ha pretendido que su interpretación de esas normas constitucionales contenida a lo largo de este polémico fallo será “vinculante”, de conformidad con el artículo 335 del Texto Fundamental, para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República. De allí la gravedad y trascendencia de las interpretaciones hechas por el fallo en cuestión, ya que en virtud del carácter de la Sala Constitucional como “máximo y último intérprete de esta Constitución” (art. 335), dicha interpretación “vinculante” tiene un valor y rango constitucional, de contenido y efectos generales equivalentes a las propias normas constitucionales interpretadas. Este valor interpretativo propio del sistema de derecho anglosajón o del *common law* en virtud de la doctrina del precedente obligatorio de los casos decididos, (*stare decisis*) ha ido ganando terreno en los últimos cincuenta años en la jurisprudencia constitucional europea y más recientemente en Latinoamérica. Sin embargo, en Venezuela el valor vinculante de la jurisprudencia constitucional resultó una conquista otorgada directamente por la nueva Constitución de 1999, pero por lo visto, sin que los jueces de la Sala Constitucional hayan comprendido aún a cabalidad su verdadero origen, significado y alcance. Ciertamente la interpretación constitucional vinculante está reservada a los principios, valores y normas constitucionales, por vía conclusiva y concreta, pero nunca de manera ilimitada, extensa o vaga por imprecisa.

Ese carácter “vinculante” anunciado con tanta seguridad y generalidad en la Sentencia N° 1.013 respecto a su interpretación de los artículos 57 y 58 constitucionales, fue atenuado y hasta corregido parcialmente con posterioridad por la misma Sala Constitucional, con ocasión de la sentencia dictada en el recurso de interpretación de dichas normas constitucionales, solicitado por el abogado Hermánn Escarrá, quien para ese momento era el agente del Estado venezolano ante las denuncias de violación de derechos humanos presentadas ante los organismos internacionales de protección. Escarrá, tras haber declarado públicamente que la interpretación constitucional realizada por la Sala Constitucional en la Sentencia N° 1.013 resultaba violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, anunció que para

1 La Sentencia N° 1.013 así como las demás sentencias, acuerdos y decisiones del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela citadas en el presente trabajo, pueden ser consultados en la página web de dicho Tribunal: www.tsj.gov.ve

evitar una condena al Estado venezolano ante los organismos internacionales, solicitaría a dicha Sala una interpretación de las referidas normas constitucionales a objeto de determinar su contenido y alcance, teniendo como base la jurisprudencia internacional sobre la materia. Dicha solicitud presentada el 22-6-2001 fue resuelta de manera expedita por la Sala Constitucional mediante sentencia de fecha 19-7-2001, que declaró *improcedente* el recurso ejercido, en virtud de implicar una afectación del principio de la reserva legal en materia de regulación de los derechos humanos y constitucionales. Con relación al carácter obligatorio de la interpretación constitucional contenida en la sentencia de amparo constitucional N° 1.013, la Sala Constitucional en este nuevo fallo la circunscribió al precedente para casos análogos, en los siguientes términos:

“La tutela constitucional declarada, basada en la interpretación de los principios y normas constitucionales que fundamentan el fallo, vale, entonces, para el problema resuelto, y la *jurisprudencia obligatoria derivada de la motivación se contrae al carácter individualizado de la sentencia, independientemente de la vinculatoriedad que resulte de su eficacia como precedente para casos sustancialmente análogos*”. (Énfasis añadidos).

De ser limitada la interpretación constitucional de la Sentencia N° 1.013 al “problema resuelto”, no entendemos entonces –como se verá más adelante– la generalidad e incongruencia de los conceptos emitidos en dicho fallo, los cuales no tenían que ver con la situación “individualizada” bajo análisis: el derecho de réplica o respuesta de Elías Santana. Pero como veremos en el presente trabajo, el carácter “vinculante” de la doctrina judicial establecida en la Sentencia N° 1.013 es de tal gravedad, que su incompatibilidad con la Convención Americana está dada no sólo en el caso concreto de Elías Santana como presunta víctima individualizada, sino incluso de cualquier otra persona (ej. un periodista) a quien dicha interpretación errada le puede ser aplicada por ser un caso “sustancialmente análogo” al resuelto.

Dada la rica polémica que la Sentencia N° 1.013 generó de inmediato en la opinión pública, a los pocos días de haberse emitido dicho fallo y el del recurso de interpretación, ello es el 25-7-2001, la Sala Constitucional emitió de oficio una inusual “*Aclaratoria Institucional*” publicada en los medios de comunicación social, la cual fue motivada por ese Tribunal en el hecho “de que varias personas han dado declaraciones en los medios, atribuyendo a la Sentencia N° 1.013 (*Caso: Elías Santana*, Exp. 00-2760) de la Sala Constitucional de este Tribunal menciones que no contiene, o haciendo referencia a extractos de la misma fuera del contexto, señalando igualmente la violación de pactos internacionales que no identifican, este Tribunal Supremo de Justicia se ve en la necesidad de hacer una síntesis del aludido fallo, el cual, además, se funda en decisiones del Tribunal Constitucional Español, del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América”. De seguidas la Sala Constitucional copió en el texto de

su “aclaratoria” diversos párrafos del polémico fallo, para concluir, no sin cierta picardía forense, que “con es(t)a síntesis, se responde a declaraciones que indudablemente se refieren a otro fallo”. Pero irónicamente con esa “aclaratoria” publicada en los medios de comunicación social, la Sala Constitucional ejerció en definitiva una suerte de derecho de réplica o respuesta frente a las opiniones e ideas críticas que expresaron diversas personas sobre la Sentencia N° 1.013, desmontando con ello una de las tesis centrales del fallo, en el sentido de que el derecho de réplica o respuesta no procede frente a opiniones o ideas, sino únicamente frente a la noticia de la información como hecho comunicacional.

Con fecha 25 de Julio de 2001, el Tribunal Supremo de Justicia dictó un nuevo “Acuerdo”, ahora en Sala Plena –la cual por cierto incluye a la Sala Constitucional-, en el cual resolvió: 1. “Rechazar las declaraciones que en términos peyorativos e irrespetuosos” se han expresado a través de los medios de comunicación social contra la Sentencia N° 1.013; 2. Exhortar a quienes expresen críticas de las decisiones judiciales, para que las formulen con “serenidad de espíritu”; 3. Manifestar su “respaldo a la mencionada sentencia”; y 4. Expresar su “solidaridad” con los cinco magistrados de la Sala Constitucional, ante “esta grave situación que los hace víctima de injustos e inmerecidos ataques públicos”. Dicho Acuerdo, atípico en la historia judicial venezolana, contiene once “considerandos” en los cuales se expresan los motivos que tuvo el Tribunal Supremo para dictarlo. Entre estos considerandos, llama la atención desde el punto de vista del derecho internacional, los siguientes:

CONSIDERANDO:

“Que las decisiones de este Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas, no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre”. (Énfasis añadido).

CONSIDERANDO:

“Que los tratados, pactos o convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tienen jerarquía constitucional y por tanto su interpretación jurídica corresponde a la Sala Constitucional de este Alto Tribunal”. (Énfasis añadidos).

Estos fundamentos del Acuerdo nos merecen unos breves comentarios. En primer lugar, es incorrecto afirmar que las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales. En efecto, *todos* los actos del Estado, desde su Constitución hasta los actos administrativos individuales,

están sometidos al control de los órganos internacionales de protección de la persona humana creados por los tratados. No puede alegarse la soberanía ni la conformidad con el ordenamiento jurídico interno, ni la patria libre como causas para excluir la sujeción de determinados actos del Estado a la jurisdicción internacional y mucho menos a la de los derechos humanos. Los derechos humanos y la protección internacional de la persona son una conquista irrenunciable de la humanidad. En este sentido, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, los Estados asumen el compromiso integral de respeto de los derechos humanos como obligaciones emanadas de los instrumentos internacionales. Este compromiso de respeto y garantía plena a los derechos humanos comprende, según los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a las medidas de cualquier naturaleza que deben adoptar los órganos del Estado: legislativos, ejecutivos, judiciales, ministerios públicos, autoridades electorales, defensorías del pueblo, o cualesquiera otras. Las decisiones judiciales emanadas de las Cortes Supremas de Justicia que violen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están siempre sujetas al control de los órganos del sistema interamericanos de protección de la persona humana. Por el contrario, esos órganos internacionales no tienen por objeto el control de las normas de derecho interno aplicadas por las sentencias emanadas de los tribunales nacionales, cuando éstas son producto del respeto a un debido proceso y no son violatorias de los demás derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales correspondientes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, recientemente en su sentencia en el caso *La última tentación de Cristo*, expresó de manera diáfana el principio de la responsabilidad internacional del Estado por todos sus actos, incluyendo sus sentencias. En este caso en el cual se cuestionó una sentencia de la Corte Suprema de Chile emitida con ocasión de un amparo (recurso de protección) casualmente vinculada a la restricción de la libertad de expresión, la Corte Interamericana estableció la siguiente jurisprudencia sobre el particular²:

“Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial”. (Énfasis añadidos).

2 Corte IDH, caso *La última tentación de Cristo*, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001, párrafo 72. Sobre un desarrollo más en detalle de la responsabilidad internacional del Estado por los actos del poder judicial, puede verse en este fallo el “voto concurrente” del juez Antonio A. Cançado Trindade.

Esta jurisprudencia no es más que la aplicación de normas convencionales del derecho internacional, según la cual un Estado no puede alegar sus propios actos para pretender justificarse o eximirse de las obligaciones internacionales derivadas de un tratado. En este sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ratificada por Venezuela), establece en su artículo 27.1 que

“Un Estado parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”.

Con relación al segundo considerando del Acuerdo, debemos aclarar que no es correcto afirmar de manera excluyente que “la interpretación jurídica” de los tratados relativos a los derechos humanos “corresponde a la Sala Constitucional de este Alto Tribunal”. Por el contrario, la interpretación auténtica de los tratados le corresponde a los órganos de la jurisdicción internacional. En este sentido, la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos le otorga una competencia consultiva genérica a la Corte Interamericana para interpretar dicha Convención y los otros tratados de derechos humanos (art. 64). Ahora bien, en el ejercicio de su jurisdicción nacional, los tribunales de derecho interno pueden aplicar y con ocasión de ello interpretar los tratados relativos a los derechos humanos. En efecto, si bien la competencia judicial interna de Venezuela le asigna a dicha Sala la interpretación última de la Constitución y, por tanto, de los tratados sobre derechos humanos -en virtud de su jerarquía constitucional-, esa disposición debe entenderse en el siguiente sentido: conforme al artículo 335 de la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia es su máximo y último intérprete, pero sólo *en el orden interno*. En efecto, la jurisdicción propia de los tribunales nacionales tiene por límite la jurisdicción del propio Estado. Por ello, las interpretaciones que hagan los tribunales de la jurisdicción interna de los Estados deben respetar los estándares mínimos establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y particularmente la jurisprudencia de sus órganos de protección. Ello quiere decir que si un Estado al interpretar un tratado establece normas más garantistas para la protección de la persona que las establecidas en la jurisprudencia internacional, esa interpretación será válida en virtud del principio de progresividad en la materia (art. 29, Convención Americana). Sin embargo, si la interpretación de un tratado realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela resulta contraria a los estándares mínimos de protección establecidos en la jurisprudencia de la Comisión o de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, dicha sentencia será contraria a la propia Convención Americana, en virtud del mismo principio de progresividad (art. 29.1). En estos casos, la sentencia nacional es susceptible de ser controlada por los órganos de protección internacional, a fin de tutelar los derechos humanos de la víctima conforme a los estándares internacionales y con

ello, además, se comprometería la responsabilidad internacional del Estado, por causa de la sentencia violatoria del tratado.

De allí, la doble importancia de la aplicación de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por los tribunales nacionales: por un lado, para lograr la protección efectiva de la persona humana con base en esos estándares internacionales como reglas mínimas (principio de progresividad); y por el otro, para evitar hacer incurrir al Estado en la responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos, cuando las sentencias nacionales no sean reparatorias de violaciones ocurridas o cuando puedan resultar en sí mismas en violaciones a dichos derechos fundamentales.

Los breves comentarios que haremos a la Sentencia N° 1.013 de la Sala Constitucional estarán referidos a los siguientes elementos que contravienen el derecho internacional de los derechos humanos y particularmente su jurisprudencia:

- “1. La exclusión de determinado grupo de personas del derecho humano a la rectificación o respuesta.
- 2 a separación entre la libertad de expresión y la libertad de información: la exclusión de las ideas u opiniones del derecho humano a la rectificación o respuesta.
- 3 La aceptación de las leyes de vilipendio o desacato como delitos de opinión.
- 4 La autorización de la censura judicial”.

Los estándares internacionales sobre los derechos humanos, además de su valor supranacional por provenir de los instrumentos y la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, son de *rango constitucional* y en su caso hasta *supraconstitucional*, en el nuevo derecho interno surgido de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. En efecto, de conformidad con el principio establecido en el artículo 23 constitucional, los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional, e incluso prevalecen sobre la propia Constitución en caso de que sus normas –e interpretaciones- sean más favorable a la persona humana (*principio de progresividad*):

“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Además de ello, las interpretaciones del tratado establecidas por los órganos internacionales de protección (los cuales en el sistema interamericano son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH o Co-

misión Interamericana- y la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH o Corte Interamericana), deben ser adoptadas por todos los órganos del Estado y muy en particular por el poder judicial, no sólo en virtud de los compromisos adquiridos en los propios instrumentos internacionales, sino por un derecho-deber que logramos así mismo incluir en la Constitución de 1999 como contrapartida del derecho de amparo internacional, el cual establece (art. 31, único aparte):

“...El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.

Como veremos a continuación, la Sentencia N° 1.013 no sólo desestimó los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos bajo una pauta interpretativa de progresividad a la cual estaba obligado también constitucionalmente (art. 19 constitucional), sino que además ignoró las propias pautas interpretativas como estándar mínimo establecidas en las decisiones de la CIDH y la Corte IDH.

I. LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADO GRUPO DE PERSONAS DEL DERECHO HUMANO A LA RECTIFICACIÓN O RESPUESTA

La Sentencia N° 1.013 estableció una extraña doctrina judicial según la cual, determinados grupos de personas están excluidos del derecho humano a la rectificación o respuesta. En efecto, la Sentencia N° 1.013 fundamentó la decisión de negarle a E. Santana y a *Queremos Elegir* el derecho a réplica, en que E. Santana es periodista, y por tanto carece de tal derecho:

“Considera la Sala que si *Elías Santana* o la Asociación Civil *Queremos Elegir* creen que han sido agraviados por el Presidente de la República, pueden ejercer las acciones que sean procedentes, pero que *al ser un periodista con una columna fija en el diario El Nacional (El Ombudsman), y un programa radial diario “Santana Total”, en Radio Capital, quien pide el derecho de réplica en su propio nombre y en el de la persona jurídica de la cual es vocero y por quien habla, carece de derecho a réplica o rectificación alguno, ya que lo que crea conveniente contestar al Presidente puede hacerlo, tanto en su columna como en el diario donde la tiene, que además es un periódico de circulación nacional, o en el programa radial, sin que pueda hacerse para estos fines una separación entre su persona y la de la Asociación Civil Queremos Elegir, por quien también actúa, ya que él es el vocero de tal Asociación. Según lo transcrito en el escrito de amparo, reproducido en este fallo, en las declaraciones que los actores atribuyen al Presidente de la República, éste se refirió a su vez a declaraciones del Sr. Elías Santana, expuestas en el diario donde escribe, emitidas a nombre propio y de la Asociación Queremos Elegir, la cual por lo regular es representada por el Sr. Santana, quien se expresa en su nombre. En casos como éstos, en que en la persona de un columnista o periodista de un medio de comunicación, se confunde en él la representación de una persona jurídica, que también constantemente declara en los periódicos por medio del periodista o co-*

lumnista, situación que conoce la Sala por tratarse de hechos notorios comunicacionales, mal puede existir una dicotomía que otorgue un derecho de réplica o rectificación especial para su representada". (Énfasis añadidos).

Esa conclusión partió de un falso silogismo construido en la Sentencia N° 1.013, el cual parte de la premisa mayor según la cual ni los periodistas, ni las personas que tienen acceso a columnas o programas en los medios de comunicación social ni por tanto estos medios tienen derecho de réplica o respuesta:

"Nace a nivel constitucional para las personas agraviadas por la información, un derecho de réplica (respuesta) y de rectificación; pero tal derecho no lo tienen ni los medios, ni a quienes en ellos se expresan, ya que, repite la Sala, el derecho a réplica y rectificación no ha sido concedido sino a quienes reciben la información y no a quien la suministra...

...Por ello, considera la Sala, que el derecho a la réplica y a la rectificación no lo tienen ni los medios, ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantienen en ellos columnas o programas, ni quienes mediante "remitidos" suscitan una reacción en contra. Se trata de un derecho concedido a quienes se ven afectados por la información de los medios, y que carecen de canales públicos para contestar o dar su versión de la noticia". (Énfasis añadidos).

De esta forma el silogismo propuesto en la sentencia es el siguiente:

1. *Premisa mayor:* Los periodistas (ni las personas que tienen acceso a columnas o programas en los medios de comunicación social, ni por tanto estos medios) no tienen derecho a la réplica ni a la rectificación.
2. *Premisa menor:* E. Santana es periodista (tiene un programa de radio y una columna del Ombudsman en la prensa).
3. *Conclusión:* Luego, E. Santana y su representada Queremos Elegir carecen del derecho de réplica y de rectificación.

Sin embargo, la pretendida lógica aristotélica de este silogismo propuesto es absolutamente errada, ya que parte de una premisa mayor que es falsa, pues el derecho de rectificación y de respuesta como derechos humanos, son derechos que corresponden a toda persona. En efecto, en los términos del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o Pacto de San José), los derechos humanos son reconocidos "a toda persona", "sin discriminación alguna":

- 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". (Énfasis añadidos).

Por otro lado, el derecho humano de rectificación y respuesta está ciertamente vinculado al derecho a la libertad de expresión. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos consagran el derecho a la libertad de expresión como derecho fundamental, al reconocer dicha libertad ampliamente, prohibiendo de manera absoluta la censura previa, y sometiendo su ejercicio a un régimen de responsabilidad ulterior. En efecto, la consagración de la libertad de expresión se hace sin condicionamientos o censuras previas que puedan conducir a anular esa libertad, sometiénola únicamente a la responsabilidad posterior de conformidad con la ley.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, (Pacto Internacional) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 igualmente reconocen el derecho a la libertad de expresión sin de censura previa. En efecto, el Pacto Internacional lo consagra en los términos siguientes (artículo 19):

- “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
 - a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
 - b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.* (Énfasis añadidos).

Por su parte, el Pacto de San José establece lo siguiente (artículo 13):

- “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a *responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*
 - a) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
 - b) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas ...”.* (Énfasis añadidos).

Dos aspectos comunes deben destacarse inicialmente. El primero de ellos es que la libertad de expresión comprende el derecho de *toda persona* de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras. El segundo consiste en que también *toda persona*, está en el derecho de seleccionar el procedimiento a través del cual buscará, recibirá o difundirá el resultado de las ideas o informaciones de las que esté en posesión, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Este es un concepto central en materia de libertad de expresión como derecho a la información. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el significado de estas expresiones en su Opinión Consultiva No. 5. Cabe destacar que, aun tratándose de Opiniones Consultivas, la Corte, cuando interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo hace en forma auténtica, como órgano jurisdiccional, de manera que sus conclusiones en este respecto tienen valor para determinar si el Derecho interno de los Estados partes se adapta o no a la Convención. En este sentido, la Corte Interamericana ha sentado la siguiente interpretación³:

“30. El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...". Esos términos establecen literalmente que *quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole*. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese "individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. *Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.* (Énfasis añadidos)

31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino *que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios*. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier... procedimiento", está subrayando que *la expresión y la difusión*

3 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985, párrafos 30-32.

del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella. (Énfasis añadidos)

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. *Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia*".⁴ (Énfasis añadidos)

Por lo tanto, el Pacto Internacional y el Pacto de San José consagran el derecho de toda persona a buscar, recibir y difundir informaciones sin censura previa, sujeto únicamente a las responsabilidades legales ulteriores y a la rectificación de las informaciones inexactas o agraviantes (esta última prevista en el Pacto de San José).

De esta manera, la Corte Interamericana ha partido del reconocimiento de la importancia fundamental de la libertad de expresión para la existencia misma de una sociedad democrática, en los siguientes términos⁵:

- "70. La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre".

La importancia de la libertad de expresión, particularmente la ejercida a través de los medios de comunicación social, se convierte así en una garantía para una sociedad democrática. Por ello, el derecho fundamental a la libertad de expresión debe ser protegido en las sociedades democráticas, a fin de garantizar el derecho colectivo a la información, especialmente contra las limitaciones o restricciones indebidas a esa libertad, tales como las censuras previas (directas e indirectas) o el ejercicio indiscriminado de demandas judiciales, que conduzcan a anular esa libertad.

4 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-5/85*, citada *supra*, párrafos 30-32.

5 Corte IDH, *Opinión Consultiva N° OC/5-85*, citada *supra*, párrafo 70.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que la naturaleza progresiva del derecho a la libertad de expresión para una sociedad democrática implica una manifestación de pluralismo y tolerancia frente a las opiniones minoritarias, aún de aquellas que puedan ofender o perturbar a la mayoría. En este sentido, la CIDH en el *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*,⁶ ha expresado:

“Por ejemplo, cuando decidió que la sentencia del reclamante por difamación de un funcionario público violaba el artículo 10 de la Convención Europea afirmó que la protección de la libertad de expresión debe extenderse no sólo a la información o las ideas favorables, sino también a aquéllas que “ofenden, resultan chocantes o perturban”. Como lo señaló la Corte Europea, “tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática”. El Comité de Derechos Humanos, interpretando el Pacto de la ONU, también ha comentado que las restricciones a la libertad de expresión no deben “perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia”. Además en la misma opinión se señaló la importancia especial de proteger “la libertad de expresión en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquellas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría”.

La importancia y vinculación del derecho de rectificación y respuesta se deriva además, de su vinculación con el derecho a la libertad de expresión, tanto en su *dimensión individual* del sujeto que la ejerce para buscar, recibir y difundir libremente información y opiniones; como en su *dimensión social* por parte de la sociedad para recibir libremente dichas informaciones y opiniones. En palabras de la Corte Interamericana, estas dos dimensiones de la libertad de expresión se expresan de la siguiente manera⁷:

“64. En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una *dimensión individual y una dimensión social*, a saber:

ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. (*La colegiación obli-*

6 Comisión IDH, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en *Informe Anual*, 1994, capítulo V.

7 Corte IDH, *Caso La última tentación de Cristo*, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001, párrafos 64 a 66.

gatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº 5, párr. 30.)

65. Sobre la *primera dimensión* del derecho consagrado en el artículo mencionado, la *individual*, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.
66. Con respecto a la *segunda dimensión* del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la *social*, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.
67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”. (Énfasis añadidos).

De allí, precisamente la importancia fundamental de la libertad de expresión para la existencia, preservación y profundización de una sociedad democrática⁸:

“La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”.

Pero además, nada en la Convención Americana, como vimos, justificaría una interpretación restrictiva y excluyente del derecho humano a la rectificación o respuesta, a fin de excluir de su titularidad a determinadas categorías de seres humanos. En este sentido, el artículo 14 del Pacto de San José reconoce el derecho de rectificación y respuesta en los siguientes términos:

- “1. *Toda persona* afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

8 Corte IDH, Caso *La última tentación de Cristo*, sentencia de fondo citada, párrafo 68.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial". (Énfasis añadidos).

Estas normas deben ser interpretadas utilizando los criterios consagrados en la Convención de Viena, que pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema⁹. Estos criterios, son los consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo artículo 31.1 dispone:

"Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

De acuerdo con el artículo 32 de la misma Convención de Viena, solamente cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 "a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable", puede acudir a otros medios de interpretación.

Esta orientación ha sido por demás confirmada expresamente por la Corte Interamericana con relación al derecho de rectificación y respuesta, en términos incluyentes para toda persona humana¹⁰:

22. En el caso presente, la expresión "*toda persona... tiene derecho*", que utiliza el artículo 14.1, debe interpretarse de buena fe en su sentido corriente. La Convención consagra "un derecho" de rectificación o respuesta, lo que explica que los incisos 2 y 3 del mismo artículo 14 sean tan terminantes respecto de "las responsabilidades legales" de quienes den tales informaciones inexactas o agraviantes y de la obligación de que alguien responda por ellas. Esta interpretación no tiene sentido ambiguo u oscuro ni conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.
23. La tesis de que la frase "en las condiciones que establezca la ley" utilizada en el artículo 14.1 solamente facultaría a los Estados Partes a crear por ley el derecho de rectificación o respuesta, sin obligarlos a garantizarlo

9 Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-3/83* del 8 de septiembre de 1983. Serie A N° 3, párr. 48; y Corte IDH, y Corte IDH, (*Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta* (Arts 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-7/86* del 29 de agosto de 1986, párr. 21.

10 Corte IDH, (*Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta* (Arts 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-7/86*, citada *supra*, párrafos 22 al 24.

mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule, no se compadece ni con el "sentido corriente" de los términos empleados ni con el "contexto" de la Convención. En efecto, la rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el artículo 13.2.a sobre libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al "respeto a los derechos o a la reputación de los demás" (ver *La colegiación obligatoria de periodistas*, *supra* 18, párrs. 59 y 63); con el artículo 11.1 y 11.3 según el cual

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

y con el artículo 32.2 de acuerdo con el cual

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

24. El derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados Partes consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo (Convención Americana, Preámbulo; *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A N° 2, párr. 33)". (Énfasis añadidos).

Con base en estos criterios interpretativos del tratado, la Corte Interamericana ha concluido expresamente -y sin lugar a dudas-, que el derecho humano de rectificación y respuesta es un derecho que corresponde a *toda persona*, por lo que los Estados partes de la Convención Americana están obligados a respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a *toda persona* bajo su jurisdicción¹¹:

“por unanimidad,

- A. Que el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1.1, los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a *toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*". (Énfasis añadidos).

11 Corte IDH, (*Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta* (Arts 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, citada *supra*).

En consecuencia, la afirmación determinante y además “vinculante” hecha por la Sentencia N° 1.013 en el sentido de que ni los periodistas, ni las personas que tienen acceso a columnas o programas en los medios de comunicación social, ni por tanto estos medios tienen el derecho a la rectificación o respuesta consagrado, es violatoria del artículo 14 de la propia Convención Americana y de su jurisprudencia auténtica emanada de la Corte y la Comisión Interamericanas. Por lo tanto, dicha sentencia resulta discriminatoria contra E. Santana y las categorías de personas y grupos señalados, motivo por el cual, el fallo es además violatorio del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana, y del artículo 1.1 de dicho instrumento.

A la misma conclusión anterior arribó la Corte Interamericana, cuando afirmó sin cortapisas lo siguiente¹²:

“28. El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención y de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. *En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.*

29. Esta conclusión se refuerza con lo prescrito por el artículo 2 de la Convención, que dispone:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionad(a)s en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. (Énfasis añadidos).

12 Corte IDH, (*Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta* (Arts 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-7/86*, citada *supra*, párrafos 28 y 29).

II. LA SEPARACIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN: LA EXCLUSIÓN DE LAS IDEAS U OPINIONES DEL DERECHO HUMANO A LA RECTIFICACIÓN O RESPUESTA

La Sentencia N° 1.013 hizo un esfuerzo inusitado por separar –con graves consecuencias– lo que ni los instrumentos internacionales ni la propia Constitución separan como conceptos diferenciados y excluyentes: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información. En ese sentido, la sentencia que comentamos postuló la “autonomía de la libertad de información, con respecto a la libertad de expresión”, a los fines de excluir a la libertad de expresión del derecho de réplica o respuesta. La sentencia concluyó en dicha tesis tras un esfuerzo fallido de contraponer dos normas constitucionales: el artículo 57 como supuestamente destinado a consagrar la libertad de expresión y el artículo 58 como supuestamente destinado a consagrar separadamente la libertad de información a cuyo ámbito quedaría reducido el derecho de rectificación o respuesta. Dichas normas constitucionales son las siguientes:

“Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.

Artículo 58. La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

De esta forma, la sentencia respecto a su interpretación constitucional de la separación absoluta entre libertad de expresión y libertad de información, estableció entre otros conceptos “vinculantes” para excluir a la libertad de expresión del derecho de réplica o respuesta, los siguientes:

“El artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desarrolla otro concepto distinto al anterior, el del *Derecho a la Información*, el cual está íntimamente ligado al de la libertad de expresión, ya que las ideas, pensamientos y opiniones a emitirse se forman con base en la información...”

Pero este último derecho no está referido únicamente a la transmisión de expresiones del pensamiento como conceptos, ideas u opiniones, sino a la propagación de noticias del acontecer diario en el mundo, en el país o en una región del mismo; a la entrevista periodística, al reportaje, a la ilustración fotográfica o visual, tal como lo previene el artículo 3 de la Ley de Ejercicio del Periodismo.

Es la información del suceso y de sus consecuencias una función básicamente periodística, que se ejerce, no en forma clandestina sino pública, por los medios de comunicación social de circulación diaria o periódica, sean ellos escritos, radiales, visuales, audiovisuales o de otra clase.

El artículo 58 citado preferentemente trata la noticia periodística, realizada mediante imágenes, sonidos o escritos, y que trata las informaciones de todo tipo.

El artículo 58 *eiusdem* no se refiere a las obras sujetas a los derechos de autor en sentido lato (libros, cuadros, etc.), que se corresponden con el ejercicio de la libertad de expresión, sino a la información de noticias, que no es otra cosa que el suceso (actual o pasado, o sus proyecciones futuras) transmitido a la colectividad por los medios de comunicación social (lo que hasta podría realizarse mediante pantallas públicas de información, por ejemplo), que también incluye a los anuncios que la ley ordena se difundan y a la publicidad en general, la cual no es *per se* una información de noticias, pero sí sobre la existencia y cualidades de bienes y servicios de toda clase al alcance del público, las cuales no deben ser engañosas a tenor del artículo 117 constitucional...

La información es un derivado de la libertad de expresión, pero por su especificidad y autonomía, la trató aparte el Constituyente, sobre todo al tomar en cuenta la existencia de los medios de comunicación, ya que la información se comunica y, de no ser así, prácticamente no existiría. La información clandestina no pasa de ser el chisme, el rumor o la intriga, a nivel personal y no masivo.

Esta autonomía de la libertad de información, con respecto a la libertad de expresión, ya la había reconocido el Tribunal Constitucional Español en el caso Vinader (105/83)". (Énfasis añadidos).

Una vez asumida la hipotética separación y exclusión entre el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información, la sentencia concluyó de manera determinante afirmando la exclusión de ésta última del derecho de réplica o respuesta:

"En relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está previsto en ninguna de las normas comentadas, el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella, y los daños que cause o los delitos que cometa por lo expresado (en público o en privado) darán lugar a las acciones penales, civiles o de otra naturaleza a que haya lugar...

... Cuando lo que se imputa, es una opinión sin base en hechos que la sustenten, a juicio de esta Sala no hay información que desvirtuar, sino la vía de las acciones ordinarias existentes o que creare la ley". (Énfasis añadidos).

Pero nada en la Convención Americana justifica una interpretación restrictiva del derecho humano a la rectificación o respuesta, a fin de excluir de su ámbito a las ideas u opiniones inexactas o agraviantes, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, categorías de seres humanos. En este sentido, el artículo 14 del Pacto de San José reconoce el derecho de rectificación y respuesta en los siguientes términos:

- “1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes¹³ emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido expresa al señalar que la libertad de expresión incluye la búsqueda, la recepción y difusión tanto de “informaciones” como de “ideas” de toda índole. En este sentido, la ya citada jurisprudencia de la Corte Interamericana ha reiterado esta interpretación del tratado, al sentar el siguiente criterio sobre el particular¹⁴:

- “30. El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...". Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.

En virtud de este criterio progresista e inclusivo sobre el contenido de la libertad de expresión, la Corte Interamericana ha descartado expresamente cualquier interpretación restrictiva sobre la libertad de expresión como separada y excluida del ámbito de la libertad de información incluyendo el

13 [1] El texto en inglés del artículo 14 dice "inaccurate or offensive statements or ideas". La palabra "ideas" no aparece expresamente en los textos español, portugués ni francés de esta disposición, los cuales se refieren a "informaciones inexactas o agraviantes", "informações inexactas ou ofensivas" y a "données inexactes ou des imputations diffamatoires". Sin embargo, la interpretación literal no es un método admitido en el Derecho Internacional.

14 Corte IDH, *Opinión Consultiva N° OC-5/85*, citada *supra*, párrafo 30.

derecho a la rectificación y respuesta. En este sentido, en la sentencia de fondo del caso *La última tentación de Cristo*, la Corte Interamericana sentó la siguiente jurisprudencia sobre el particular¹⁵:

“64. En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber:

ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. (*La colegiación obligatoria de periodistas* (arts.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº 5, párr.30).

65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. *En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.*
66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.
67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.
68. La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”.

15 Corte IDH, caso *La última tentación de Cristo*, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001, párrafos 64-68.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha sido clara y determinante sobre este particular, cuando ha interpretado la Convención Americana al concluir sobre la necesaria vinculación entre la libertad de expresión y el derecho a la rectificación y respuesta, relacionado con aquella¹⁶:

- “24. El derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados Partes consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo (Convención Americana, Preámbulo; *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), *Opinión Consultiva OC-2/82* del 24 de setiembre de 1982. Serie A N° 2, párr. 33).
25. La ubicación del derecho de rectificación o respuesta (art. 14) inmediatamente después de la libertad de pensamiento y expresión (art. 13), confirma esta interpretación. La necesaria relación entre el contenido de estos artículos se desprende de la naturaleza de los derechos que reconocen, ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1 (La colegiación obligatoria de periodistas, *supra* 18). Recuérdese que la Resolución (74) 26 del Comité de Ministros del Consejo de Europa fundamentó el derecho de respuesta en el artículo 10 de la Convención Europea, sobre libertad de expresión”.

En consecuencia, la afirmación tajante y para más “vinculante” hecha por la Sentencia N° 1.013 en el sentido de que las ideas u opiniones no están protegidas por el derecho de rectificación o respuesta, es violatoria de los artículos 13 y 14 de la Convención Americana y de su jurisprudencia auténtica emanada de la Corte y la Comisión Interamericanas.

III. LA ACEPTACIÓN DE LAS LEYES DE VILIPENDIO O DESACATO COMO DELITOS DE OPINIÓN

La Sentencia N° 1.013 en diversos párrafos, tanto expresa como implícitamente, dio por válidas las leyes que penalizan la libertad de expresión, particularmente los delitos de vilipendio, difamación e injuria. Sobre este particular, la sentencia “vinculante” al referirse a las responsabilidades ulteriores a que está sometida la libertad de expresión, afirmó expresamente que ellas incluyen los delitos mencionados:

16 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-7/86*, citada *supra*, párrafos 24 y 25.

“Puede suceder que, con lo expresado se *difame o injurie* a alguien (artículos 444 y 446 del Código Penal); o se *vilipendie a funcionarios o cuerpos públicos* (artículos 223 y 226 del Código Penal); o se ataque la reputación o el honor de las personas, lo que puede constituir un hecho ilícito que origine la reparación de daños materiales y morales, conforme al artículo 1196 del Código Civil; o puede formar parte de una *conspiración nacional o internacional, tipificada como delito* en el artículo 144 del Código Penal; o puede ser parte de una campaña destinada a fomentar la competencia desleal, o simplemente a causar daños económicos a personas, empresas o instituciones. Éstos y muchos otros delitos y hechos ilícitos pueden producir la “libertad de expresión”; de allí que el artículo 57 constitucional señale que quien ejerce dicho derecho, asume plena responsabilidad por todo lo expresado, responsabilidad, que al menos en materia civil, puede ser compartida, en los casos de comunicación masiva, por el que pudiendo impedir la difusión del hecho dañoso, la permite, convirtiéndose en coautor del hecho ilícito, conforme a lo previsto en el artículo 1.195 del Código Civil. En otras palabras, la libertad de expresión, aunque no está sujeta a censura previa, tiene que respetar los derechos de las demás personas, por lo que su emisión genera responsabilidades ulteriores para el emisor, en muchos casos compartidas con el vehículo de difusión, sobre todo cuando éste se presta a un *terrorismo comunicacional*, que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones, máxime cuando lo difundido no contiene sino denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas o conceptos”. (Énfasis añadidos).

Más adelante, la Sentencia N° 1.013 pronunció una especie de *nihil obstat* genérico de las sanciones penales a las responsabilidades ulteriores de la libertad de expresión, y dejó sentado lo siguiente:

“En relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está previsto en ninguna de las normas comentadas, el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella, y los daños que cause o *los delitos que cometa por lo expresado (en público o en privado) darán lugar a las acciones penales, civiles o de otra naturaleza a que haya lugar*”. (Énfasis añadidos).

A pesar de ello, la sentencia acotó sus propias afirmaciones vagas por imprecisas en relación con la responsabilidad penal por el ejercicio de la libertad de expresión, mediante la aceptación de la tesis de la *real malicia (o malicia real)*. Conforme a la tesis de la *real malicia*, para que pueda incurrirse en responsabilidad penal por la expresión de opiniones, ideas o informaciones en general que puedan dañar el honor, reputación o intimidad de las personas, es necesario que el autor de las expresiones lo haya hecho con el ánimo de dañar o a sabiendas de que la expresión era falsa. En este sentido, la sentencia expresó lo siguiente:

“De todas maneras, apunta la Sala, que el criterio del *animus injuriandi*, para enjuiciar delitos, debe ponderarlo el juzgador, en concordancia con el derecho a la libertad de expresión, para *determinar si la actitud de quien expone sus pen-*

samientos, realmente persigue dañar (como cuando se insulta o arremete sin motivo alguno, o por uno baladí), o es parte de la crítica que se ejerce sobre ciertas situaciones, que por lo regular, involucra políticas públicas y sus protagonistas, tal como lo resaltó sentencia de la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia de fecha 29 de febrero de 2000 (caso: Procter & Gamble de Venezuela C.A.)". (Énfasis añadidos).

No obstante lo plausible de la tesis reseñada, como se verá más adelante, la sanción penal *per se* de las expresiones ha sido considerada incompatible con el derecho a la libertad de expresión, incluso en los casos en los cuales no medie la excepción de la real malicia.

Pero la Sentencia N° 1.013 desafortunadamente continuó en su doctrina "vinculante" del fallo, pasando de seguidas a desdibujar y restringir la tesis de la real malicia, al limitar su ámbito de aplicación al periodista que cubre la fuente noticiosa (en virtud de la reserva de la fuente periodística) y entonces aceptar la responsabilidad penal de los editores o responsables de la publicación, al afirmar que

"Ello tiene que ser así, desde el momento que las fuentes de información de los periodistas son secretas por mandato constitucional (artículo 28 de la Carta Fundamental) y legal (artículo 8 de la Ley de Ejercicio del Periodismo). En consecuencia, los dislates periodísticos que atentan contra el derecho de los demás y contra el artículo 58 constitucional, generan *responsabilidades legales de los editores o de quienes los publican*, al no tener la víctima acceso a la fuente de la noticia que lo agravia...

...Esto último lo resaltó la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo, en fallo de 29 de febrero de 2000, donde analizó la responsabilidad penal de los periodistas y editores (que sería otro derecho de los agraviados, el de querrelarse), y señaló: "En los Estados Unidos de América, donde la prensa y los medios de comunicación en general han alcanzado la más elevada potencialidad, la jurisprudencia ha establecido hace décadas la *doctrina de la "Real Malicia"*, en lo concerniente a la responsabilidad de dichos medios. Consiste esa doctrina en *no hallar responsabilidad penal o civil para los periodistas*, aunque lo que comuniquen sea incierto, con excepción de cuando actúen a sabiendas de la falta de veracidad". (Énfasis añadidos).

Ahora bien, estas afirmaciones de la sentencia que comentamos, con relación a la aceptación de la penalización de las expresiones en general, y en particular las leyes de vilipendio que protegen a las autoridades y funcionarios públicos, son contrarias a la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre la materia. Sobre el particular, baste comenzar con la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* adoptada por la CIDH, la cual expresó con claridad la limitación de las sanciones penales frente a los posibles abusos de la libertad de expresión y la incompatibilidad de las "leyes de desacato" (vilipendio):

- “10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.
11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “*leyes de desacato*” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”.

Al interpretar la libertad de expresión y las restricciones autorizadas por la Convención Americana, la CIDH ha sostenido como principio general que éstas se refieren a la responsabilidad ulterior. Sobre el particular, la CIDH sostuvo lo siguiente¹⁷:

“La única restricción autorizada por el artículo 13 (de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es la imposición de responsabilidad ulterior. ... (omissis) ... cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban”.

En efecto, las eventuales acciones para hacer efectiva esa responsabilidad ulterior no pueden erigirse en mecanismos para anular o restringir la libertad de expresión, y en todo caso, dichas acciones -sujetas a determinados requisitos- deben ser las establecidas en la ley; y el proceso para establecer y hacer efectiva esa responsabilidad debe tramitarse judicialmente respetando el debido proceso, conforme a las disposiciones legales aplicables¹⁸.

La CIDH ha advertido que el ejercicio de acciones judiciales contra periodistas es precisamente, uno de los mecanismos que se utiliza indebi-

17 Caso 11.230, 3 de mayo de 1996, Informe N° 11/96, *Caso Francisco Martorell vs. Chile*, en *Informe Anual de la Comisión IDH 1996*.

18 Sobre este tema seguimos lo expuesto en nuestro trabajo: Carlos Ayala Corao, “El Derecho Humano a la Libertad de Expresión: límites aceptados y responsabilidades ulteriores” en *Ius et Praxis*, N° 1, *Libertad de opinión e información y derecho a la privacidad y a la honra*, Universidad de Talca, Chile.

damente para limitar la libertad de expresión. En este sentido, la CIDH en su Informe anual correspondiente al año 1998, expresó lo siguiente¹⁹:

“Los mecanismos que se utilizan para limitar la libertad de expresión son muchos y variados. El abanico de opciones va desde el asesinato a un periodista, a mecanismos más sofisticados como son *el hostigamiento constante de los periodistas por medio de demandas judiciales*, legislación restrictiva, o iniciativa de los gobernantes, que ponen obstáculos innecesarios a la libertad de expresión. Todas las violaciones a la libertad de expresión son graves, ...” (Énfasis agregados).

Por lo cual, si bien es cierto que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión, tiene derecho a exigir la responsabilidad ulterior del autor de esa información, es igualmente cierto que esa responsabilidad está sometida a determinadas reglas establecidas en la ley y, en todo caso, debe ser declarada en juicio, de conformidad con las normas procesales aplicables. Por ello, no sería lícito invocar la protección de otros derechos fundamentales, para someter esa responsabilidad a un régimen especial, o para pretender la derogatoria de las reglas procesales en vigor, pues ello limitaría la libertad de expresión más allá de lo permitido por los instrumentos internacionales.

Así, el derecho a ser protegido contra los actos susceptibles de atentar contra el honor y la reputación, constituye un elemento determinante de responsabilidad de quien ejerce la libertad de expresión, pero no puede ser invocado para restringir irrazonablemente o en términos distintos a los consagrados en la ley, el ejercicio de esa libertad.

El Pacto de San José, como lo ha expresado la CIDH, “reconoce que pueden existir limitaciones cuando los distintos derechos protegidos en la misma se hallan en conflicto. Además, el artículo 13 (de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) reconoce que el derecho a la libertad de expresión está sujeto a restricciones con el fin de asegurar el «respeto a los derechos o a la reputación de los demás»”²⁰. Sin embargo, en esa misma decisión, la CIDH sostuvo que “las personas que se consideren lesionadas en su honra y su dignidad cuentan, como surge de lo actuado en el presente caso, con recursos adecuados en los tribunales de justicia...”²¹.

En consecuencia, la protección que brinda el Estado contra los perjuicios al honor y a la reputación de las personas, derivados del ejercicio de la

19 *Informe Anual de la Comisión IDH 1998*, Capítulo V, Consideraciones Finales y Recomendaciones.

20 *Informe caso Francisco Martorell* citado *supra*, Comisión IDH, párrafo 62.

21 *Informe caso Francisco Martorell* antes *supra*, Comisión IDH, párrafo 69.

libertad de expresión, se concretiza en el establecimiento de un régimen de responsabilidad ulterior, la cual, en todo caso, dentro de un Estado de Derecho, sólo puede ser conocida y declarada judicialmente respetando las normas del debido proceso de conformidad con la Ley, como surge de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

No obstante ello, al reglamentar la protección a la honra y dignidad de las personas, los Estados deben en todo caso, garantizar la libertad de expresión. En este sentido, la CIDH ha expresado²²:

“Al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el artículo 11 de la Convención Americana -y al aplicar las disposiciones pertinentes del derecho interno sobre esa materia- los Estados Parte tienen la obligación de respetar el derecho de libertad de expresión. La censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13 de la Convención”.

Es importante resaltar en ese mismo sentido, que la jurisprudencia internacional ha sido especialmente cuidadosa en la interpretación del término “responsabilidades” ulteriores a las que puede sujetarse la libertad de expresión, cuando la misma esté referida a la prensa y a los periodistas. En efecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido reiteradamente, que a la prensa le corresponde²³ “impartir información e ideas en asuntos políticos así como en cualquier otra área de interés público”. Ello implica que la regla general conforme a la cual los límites a la libertad de expresión deben ser interpretados restrictivamente, es de particular importancia para una prensa libre²⁴.

No se trata, por tanto, de un conflicto propiamente dicho entre el derecho a ser protegido contra el honor y la reputación de las personas y el ejercicio de la libertad de expresión. Ambos derechos se encuentran expresamente reconocidos y se concilian jurídicamente, mediante el establecimiento de mecanismos de protección de los perjuicios al honor derivados del abuso de la libertad de expresión, mecanismo de protección que es, precisamente, la responsabilidad ulterior. Esa responsabilidad insistimos, solamente puede hacerse valer *de conformidad con la Ley*, con base en principios de finalidad, justificación y razonabilidad.

La Corte Interamericana ha sido categórica al referirse a las exigencias del principio de legalidad con relación a la responsabilidad por los abusos

22 Ver, *Informe Especial del Relator de la Comisión IDH sobre Libertad de Expresión*, Comisión IDH, *Informe Anual 1998*.

23 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 8-7-86, caso “*Lingens*”, pág. 26.

24 Corte Europea de Derechos Humanos, ver entre otras, sentencia de 26-11-91, caso “*The Observer and Guardian*”, pág. 30; sentencia de 25-6-92, caso “*Thorgeir Thorgeirson*”, págs. 27 y 28; y sentencia de fecha 23-9-94, caso “*Jersild*”, págs. 23 a 26.

en el ejercicio de la libertad de expresión. Así, en la Opinión Consultiva N° 5 la Corte Interamericana indicó los siguientes parámetros para el establecimiento válido de estas responsabilidades ulteriores:

“39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) *La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,*
- b) *La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,*
- c) *La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y*
- d) *Que esas causales de responsabilidad sean «necesarias para asegurar» los mencionados fines.*

Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.” (Énfasis añadidos).

Por ello, la tipificación de la difamación e injuria como delitos y, por ende, como hechos susceptibles de comprometer la responsabilidad penal personal de quien incurra en dichas conductas puede constituir bajo determinadas circunstancias un mecanismo legal para garantizar la responsabilidad ulterior de quienes abusen de la reputación de los demás. Ahora bien, ese derecho a la protección del honor ni es absoluto ni tiene una connotación superior a los demás derechos fundamentales, por lo que no puede pretenderse invocar el mismo ni para restringir ni para limitar, más allá de los parámetros razonables legalmente establecidos, el ejercicio de las demás libertades fundamentales y, en particular, de la libertad de expresión.

Por lo cual, las reglas del proceso para enjuiciar la responsabilidad ulterior del autor de la información por los eventuales perjuicios al honor de otra persona, no obstan, sin embargo, para que se establezcan límites en la legislación adjetiva o sustantiva, con el objeto de proteger los intereses de una sociedad democrática, o incluso el interés de la seguridad jurídica del presunto autor del agravio.

El derecho al honor y la reputación está consagrado en el Pacto de San José en los siguientes términos (artículo 11):

- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

El contenido del derecho fundamental al honor y la reputación ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia a partir de la noción misma de honor, formulando al respecto las siguientes reflexiones²⁵:

“El honor y la honra se presentan en el panorama jurídico como bienes de la personalidad, como derechos humanos, relacionados accidentalmente con la perfección o dignidad de la persona. Dicho con otras palabras: la dignidad de la persona humana es la base del honor y la honra del hombre. Pero, en definitiva, honor y honra son tributarios de la dignidad normal de la persona, puesto que son efecto, en buena parte, del comportamiento moral del hombre”.

José Forero B., por su parte, expresa lo siguiente²⁶:

“El concepto de honra se debe construir desde puntos de vista valorativos y, en consecuencia, con relación a la dignidad de la persona. Desde dicha perspectiva la honra es un derecho de la esfera personal y se expresa en la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. Aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia muy clara entre ellos. Honor se refiere a un valor propio que de sí mismo tienen la persona, independientemente de la opinión ajena, es su concepto subjetivo; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, es la concepción objetiva con independencia de que realmente se tenga o no un honor; uno es el concepto interno, y otro el concepto externo que se tiene de nosotros”.

La jurisprudencia española al considerar el honor como un concepto jurídico indeterminado, ha expresado en torno al mismo lo siguiente²⁷:

“En nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto (honor), que resulta así jurídicamente indeterminado ... El denominador común de todos los ataques o intromisiones ... en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO I/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas”.

Los derechos fundamentales en general pueden resultar limitados legalmente por el ejercicio o protección de otros derechos fundamentales, siendo esas limitaciones válidas en virtud de que las mismas tienen como fin conciliar el ejercicio efectivo de todos los derechos fundamentales como

25 Carlos Soria, *Derecho a la información y derecho a la honra*, Barcelona, Editorial A.T.E., 1981, pág. 13.

26 José M Forero B., *Los derechos fundamentales y su desarrollo jurisprudencial*, Bogotá, Editextos J.U., 1994, pág. 189.

27 Sentencia del Tribunal Constitucional 223/1992 FJ 3.º, Francisco Rubio Llorente, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, Madrid, Editorial Ariel. S.A., 1995, pág. 176.

derechos interdependientes. Esta situación jurídica responde además a una formulación clásica conforme a la cual el ejercicio de los derechos de la persona está limitado por los derechos de los demás (art. 32.2, Convención Americana). Por ello, el derecho a la protección contra los perjuicios al honor y a la reputación no puede ser superior al derecho a la libertad de expresión, como bien lo afirmó la CIDH en la decisión del caso “*Martorell*”²⁸, señalando que “*no puede aceptar el punto de vista del Gobierno de Chile en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión*”. Posteriormente la CIDH ha reiterado su doctrina sobre el particular al establecer que el posible conflicto entre el derecho el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión puede solucionarse en definitiva recurriendo a los límites aceptados a la libertad de expresión²⁹:

“El posible conflicto que pudiese suscitarse en la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención, a juicio de la Comisión, puede solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio artículo 13”.

La jurisprudencia internacional y la constitucional comparada a la que haremos referencia ha llegado incluso a afirmar –en una tesis no absuelta de crítica– que en el supuesto de tener que ponderar la jerarquía entre ambos derechos (libertad de expresión y honor), debe privilegiarse la libertad de expresión. Esa tesis de la posición preferida o prevalencia relativa del derecho a la libertad de expresión en caso de conflicto se ha justificado jurisprudencialmente, en la importancia de este derecho no solamente como derecho individual, sino como derecho colectivo a estar informado, a acceder a la información y a que se difundan los conocimientos, hechos e informaciones de toda índole, facilitando la participación de la sociedad democrática en el debate público y en la formación de la opinión pública.

La jurisprudencia española ha sostenido, que³⁰ “este derecho no constituye ni puede constituir obstáculo alguno para que, ... se pongan en cuestión las conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, pues el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en esos procedimientos, ... y ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos”. Esa consideración claramente expuesta por el Tribunal Constitucional Español tienen gran relevancia en el análisis del derecho a la protección al honor y reputación, frente al derecho a la libertad de expresión. El sólo reconocimiento de la libertad de expresión y el ejercicio lícito que de la misma se haga, no puede

28 Informe caso *Francisco Martorell* citado *supra*, Comisión IDH.

29 Ver, *Informe Especial del Relator de la Comisión IDH sobre Libertad de Expresión...*, citado *supra*.

30 Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1983, FJ 3.º, en Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, op. cit., pág. 177.

atentar contra el honor y reputación ajena, porque el honor y la reputación son la opinión ajena sobre una persona, determinado por la propia conducta y dignidad de la persona.

La doctrina ha abordado la relación entre el derecho a la información y el derecho a la honra desde esta perspectiva, señalando que se trata de una cuestión de límites lógicos de la libertad de prensa; considerando que el derecho a la información, al igual que el resto de los derechos y libertades fundamentales encuentra límites. Para Mantovani, esos límites vienen determinados por la fidelidad a la verdad histórica, al divulgar una información, y al interés público que revistan esos hechos³¹.

De allí, que la garantía efectiva de las personas que se vean afectas por informaciones falsas o injuriosas, es el derecho a réplica, es decir, a que se corrija públicamente la información falsa divulgada, sin perjuicio de las demás responsabilidades que podría acarrear ese hecho. Este derecho de rectificación o respuesta está consagrado en el Pacto de San José en los términos siguientes (artículo 14):

- “1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

Esa ha sido la posición de la CIDH al reconocer el derecho de rectificación o respuesta como la verdadera garantía de la protección contra los ataques internacionales al honor y a la restricción, al expresar³²:

“La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla”.

31 F. Mantovani, *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Ed Giuffrè, 1973, pág. 1055, citado por Carlos Soria, *Derecho a la información y derecho a la honra*, op.cit., pág. 46.

32 Ver, *Informe Especial del Relator de la Comisión IDH sobre Libertad de Expresión...*, citado *supra*.

La doctrina de la Comisión Interamericana desde 1994 en el conocido *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*³³ ha afirmado además los límites a la penalización de la libertad de expresión. En este sentido, las “leyes de desacato” son tipos delictivos que equivalen a lo que en otros países como Venezuela se conoce como “vilipendio” u otras figuras delictivas que penalizan la expresión que ofende, insulta o amenaza a una autoridad o funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales. La Comisión Interamericana al concluir que estas leyes de desacato o vilipendio son incompatibles con la Convención Americana, ha reiterado desde 1994 su recomendación a los Estados miembros de la OEA de adecuar sus legislaciones a las obligaciones internacionales sobre derechos humanos, mediante la derogación de esta normativa. En este sentido, la CIDH para llegar a tan importante conclusión hizo un análisis contextual y finalístico de la Convención Americana, para aclarar las restricciones que resultan aceptables a la libertad de expresión con el objeto de permitir la preservación y desarrollo de la sociedad democrática (artículos 13,29 y 32 de la Convención).

De esta manera, el primer *test* que aplicó la CIDH a las denominadas leyes de desacato fue el de analizar si éstas constituyen una *restricción legítima a la libertad de expresión*. Sobre el particular, la conclusión de la Comisión fue que estas leyes le otorgan a los funcionarios públicos un privilegio de protección que no gozan los demás integrantes de la sociedad; y además, restringen irrazonablemente el derecho de todo individuo y de la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto a la sociedad, el gobierno y las políticas públicas. En este sentido la CIDH expresó en el referido *Informe* lo siguiente³⁴:

“La aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. Si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, es entonces precisamente el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública.

Como se dijo antes, el derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos,

33 “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, publicado en Comisión IDH, *Informe Anual 1994*, Capítulo V.

34 Ver, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, publicado en Comisión IDH, *Informe Anual 1994*, Capítulo V.

firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión”.

El segundo *test* que aplicó la Comisión Interamericana para determinar la compatibilidad de las llamadas leyes de desacato con la Convención Americana, fue el de determinar si éstas son *necesarias para asegurar el “orden público” en una sociedad democrática*. Sobre el particular, la Comisión concluyó que la protección especial que estas leyes brindan a los funcionarios públicos es incompatible con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. Es más -acotó la CIDH-, en una sociedad democrática las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas (y no menos expuestas como pretenden las leyes de desacato) al escrutinio y la crítica del público. En este sentido la CIDH expresó en el Informe lo siguiente³⁵:

“Por último, y es esto lo que mayor importancia reviste, la Comisión observa que el fundamento de las leyes de desacato contradice el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de “orden público” para justificar las leyes de desacato se opone directamente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pensamiento consagrada en la Convención.

La protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. Ello es especialmente así teniendo en cuenta la función dominante del gobierno en la sociedad y, particularmente, donde se dispone de otros medios para responder a ataques injustificados mediante el acceso del gobierno a los medios de difusión o mediante acciones civiles individuales por difamación y calumnia. Toda crítica que no se relacione con el cargo del funcionario puede estar sujeta, como ocurre en el caso de todo particular, a acciones civiles por difamación y calumnia. En este sentido, el encausamiento por parte del gobierno de una persona que critica a un funcionario público que actúa en carácter oficial no

35 Ver, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, publicado en Comisión IDH, *Informe Anual 1994*, Capítulo V.

satisface los requisitos del artículo 13(2) porque se puede concebir la protección del honor en este contexto sin restringir la crítica a la administración pública. En tal sentido, estas leyes constituyen también un medio injustificado de limitar el derecho de expresión que ya está restringido por la legislación que puede invocar toda persona, independientemente de su condición.

Es más, la Comisión observa que, contrariamente a la estructura que establecen las leyes de desacato, en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas --y no menos expuestas-- al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica”.

La conclusión final del *Informe* de la Comisión Interamericana fue, inclusive, más allá de la determinación de la incompatibilidad de las leyes de desacato (vilipendio) con la Convención Americana, al establecer los límites de las responsabilidades ulteriores por los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión. En efecto, la Comisión estableció en su *Informe*, que *la obligación del Estado de proteger a los derechos de los demás frente a los ataques intencionales al honor y la reputación, queda suficientemente garantizada (únicamente) mediante acciones civiles por daños y perjuicios y mediante el ejercicio efectivo del derecho de rectificación o respuesta*³⁶:

“La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante *acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta*. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla”. (Énfasis añadidos).

En este sentido, *la Comisión descalificó la penalización abierta con delitos como la difamación y la injuria. La doctrina de la Comisión sobre esta materia consiste en autorizar la penalización de la expresión de ideas, que ofendan el honor o la reputación únicamente en aquellos casos extremos que incitan a la violencia anárquica en la sociedad*³⁷:

36 Ver, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, publicado en Comisión IDH, *Informe Anual 1994*, Capítulo V.

37 Ver, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, publicado en Comisión IDH, *Informe Anual 1994*, Capítulo V.

“En conclusión, la Comisión entiende que el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida”.

De allí que una de las tareas que ha asumido el *Relator sobre libertad de expresión de la CIDH*, es precisamente hacer una supervisión sobre los países que mantienen en vigencia leyes de desacato (vilipendio) en contravención con la Convención Americana, a fin de recomendar su derogatoria. Así por ejemplo, con relación a Venezuela el referido Relator en su Informe Anual aprobado por la Comisión Interamericana, expresó lo siguiente³⁸:

VENEZUELA

“Artículo 223: El que de palabra u obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de un miembro del Congreso, o de algún funcionario público, será castigado del modo que sigue, si el hecho ha tenido lugar en su presencia y con motivo de sus funciones:

1. Si la ofensa se ha dirigido contra algún agente de la fuerza pública, con prisión de uno a tres meses
2. Si la ofensa se ha dirigido contra un miembro del Congreso o algún funcionario público, con prisión de un mes a un año, según la categoría de dichas personas.

Artículo 226: El que de palabra o de obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación, decoro o dignidad de algún cuerpo judicial, político o administrativo, si el delito se ha cometido en el acto de hallarse constituido, o de algún magistrado en audiencia, será castigado con prisión de tres meses a dos años.

Si el culpable ha hecho uso de violencia o amenazas, la prisión será de seis meses a tres años.

El enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante requerimiento del cuerpo ofendido. Si el delito se ha cometido contra cuerpos no reunidos, el enjuiciamiento solo se hará lugar mediante requerimiento de los miembros que los presiden.

Este requerimiento se dirigirá al Representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente.

38 Ver, *Informe Especial del Relator de la Comisión IDH sobre Libertad de Expresión...*, citado *supra*, Capítulo IV.

Artículo 227: En los casos previstos en los artículos precedentes, no se admitirá al culpable prueba alguna sobre la verdad ni aun sobre la notoriedad de los hechos o de los defectos imputados a la parte ofendida.

Artículo 228: Las disposiciones establecidas en los artículos precedentes no tendrán aplicación si el funcionario público ha dado lugar al hecho, excediendo con actos arbitrarios los límites de sus atribuciones.

Artículo 229: En todos los demás casos no previstos por una disposición especial de la ley, el que cometa algún delito contra un miembro del Congreso, o cualquier funcionario público por razón de sus funciones, incurrirá en la pena establecida para el delito cometido, mas el aumento de una sexta a una tercera parte.

El Relator quiere observar que una democracia pluralista y tolerante es aquella en que se permite un movimiento fluido de ideas y opiniones y un debate público abierto. Es dentro de este contexto, el cual es crucial para la democracia, en donde los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio de la ciudadanía u opinión pública, ya que son ellos quienes llevan a cabo la formulación y/o aplicación de las políticas públicas, justicia entre otros. Las leyes de desacato buscan precisamente evitar el debate público y que los funcionarios públicos sean objeto de escrutinio o crítica. De esta manera, las leyes de desacato más que cumplir una función de protección de la libertad de expresión o de los funcionarios públicos, son normas que limitan la libertad de expresión y debilitan el sistema democrático.

Asimismo, el Relator quiere observar que en muchos Estados del continente aún siguen existiendo normas que consagran la figura del desacato, y que éstas normas siguen siendo utilizadas por las diversas autoridades públicas, con el objeto de acallar a sus críticos, lo que trae consigo una limitación a la libertad de expresión en esos Estados, y que el sistema democrático pueda verse debilitado”.

Coincidentalmente, estos artículos del Código Penal de Venezuela identificados en el Informe del Relator de la CIDH como incompatibles con la Convención Americana conforme al referido Informe sobre leyes de desacato, corresponden con los mismos artículos (223 y 226) sobre el tipo penal de “vilipendio”, que la Sentencia N° 1.013 citó como ejemplos supuestamente válidos de responsabilidades penales ulteriores de la libertad de expresión. De allí, la clara incompatibilidad de la referida sentencia “vinculante” con el artículo 13 de la Convención Americana.

Además de todo lo anteriormente expuesto en el nivel interamericano, mundialmente se ha desarrollado toda una consistente doctrina y jurisprudencia contra las leyes de desacato (vilipendio), determinándolas contrarias al derecho a la libertad de expresión. Así por ejemplo, el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Expresión, Adib Hussain, en los últimos años ha recomendado reiteradamente a los gobiernos: a) derogar las leyes penales sobre difamación para reducir ésta al ámbito del derecho civil; b) limitar las sanciones por difamación para que no coarten la libertad de opinión y el derecho a la información; c) prohibir que las autoridades públicas entablen

demandas por difamación con el fin de impedir las críticas a su gestión o para mantener el orden público; d) que las leyes sobre difamación no atenten contra el debate abierto de las cuestiones de interés público ni contra el principio de que los funcionarios públicos deben tolerar un grado mayor de crítica que el común de los ciudadanos; e) calificar de difamatorias solamente las expresiones ostensiblemente exageradas; y, f) continuar garantizando que la carga de la prueba recaiga en quien diga haber sido difamado y no en el demandado³⁹.

En conclusión con base en la jurisprudencia y en la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos anteriormente expuestas, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- “1. El Pacto Internacional y el Pacto de San José consagran el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones sin censura previa, sujeto únicamente a las responsabilidades legales ulteriores y a la rectificación de las informaciones inexactas o agraviantes.
2. Las eventuales acciones para hacer efectiva esa responsabilidad no pueden erigirse en mecanismos para anular o restringir la libertad de expresión, y en todo caso, dichas acciones -sujetas a determinados requisitos- deben ser las previstas en la ley; y el proceso para establecer y hacer efectiva esa responsabilidad debe tramitarse judicialmente respetando el debido proceso, conforme a las disposiciones legales aplicables.
3. La libertad de expresión en general y en particular la ejercida a través de los medios de comunicación social es una garantía esencial para una sociedad democrática. Por ello, el derecho fundamental a la libertad de expresión debe ser protegido en las sociedades democráticas, a fin de garantizar el derecho colectivo a la información, especialmente contra las limitaciones o restricciones indebidas a esa libertad, tales como el ejercicio indiscriminado de demandas judiciales o pretender tramitar las mismas por reglas irrazonables que conduzcan a anular esa libertad.
4. El derecho a ser protegido contra los actos susceptibles de atentar contra el honor y la reputación constituye un elemento determinante de responsabilidad ulterior de quien ejerce la libertad de expresión, pero no puede ser invocado para restringir irrazonablemente o en términos distintos a los consagrados en la ley, el ejercicio de esa libertad.
5. La garantía efectiva de las personas que se vean afectas por informaciones falsas o injuriosas es el derecho a réplica o respuesta, es decir, a que se corrija públicamente la información falsa divulgada o a que se aclare la información agraviante divulgada, sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles que ese hecho podría acarrear. Esta ha sido la posición de la CIDH al reconocer el derecho de rectificación o respuesta co-

39 Ver el artículo de opinión de Calixto Ávila Rincón, investigador de Provea, *¿Una libertad de expresión limitada?*, como un aporte al debate sobre la Sentencia 1.013 del TSJ, publicado en el diario *El Nacional*, de fecha 27-06-01, pág. A-9.

mo garantía de la protección contra los ataques internacionales al honor y a la reputación.

6. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana; y además son contrarias con el propósito fundamental de dicha Convención de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.

En el supuesto de tener que ponderar la jerarquía entre ambos derechos (libertad de expresión y honor), la jurisprudencia internacional y la constitucional comparada –no exenta de crítica– ha privilegiado a la libertad de expresión por su importancia fundamental para una sociedad abierta, pluralista y democrática. Esa prevalencia relativa del derecho a la libertad de expresión en caso de conflicto se ha justificado jurisprudencialmente en la importancia del mismo, no solamente como derecho individual, sino como derecho colectivo a estar informado, a acceder a la información y a que se difundan los conocimientos, hechos e informaciones de toda índole, facilitando la participación de la sociedad democrática en el debate público y en la formación de la opinión pública”.

IV. LA AUTORIZACIÓN DE LA CENSURA JUDICIAL

Por último, la Sentencia N° 1.013 de manera ligera y sin medir realmente un *test* de su razonabilidad ni mucho menos de la finalidad perseguida, acogió como tesis “vinculante” la facultad del juez de decidir en definitiva cuándo pueden prevalecer otros derechos sobre la libertad de expresión. Lo grave de esta tesis es que habilita abierta y claramente la *censura judicial*, al permitir al juez para prohibir la circulación o divulgación de informaciones con la justificación de hacer prevalecer otros derechos por sobre la libertad de expresión, cuando el juez determine que la información no es “veraz”. En este sentido, la Sentencia N° 1.013 estableció lo siguiente:

“El derecho a la información, de esencia constitucional, debe ponderarse cuando debe prevalecer sobre otros derechos constitucionales de las personas, pero estos tendrán primacía, cuando la información no es veraz, por falsa, o por falta de investigación básica del medio que la pública o la utiliza”. (Énfasis añadidos).

Esta tesis de la habilitación al juez para “ponderar” la prevalencia de otros derechos sobre la libertad de expresión teniendo como fundamento la “veracidad” de la información, fue reiterada en la misma sentencia, al sentarse la siguiente jurisprudencia “vinculante”:

“En el conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos de la personalidad, el juez tiene que ponderar los derechos en conflicto, dándole un valor prevalente a los derechos a la libertad de expresión e información en su colisión con los derechos de personalidad, también fundamentales, siempre que aquellos se refieran a hechos o personas con relevancia pública, o estén destinados a la formación y existencia de una opinión pública libre, o no vacíen de

contenido a los derechos de la personalidad, o dichas libertades se ejecuten conforme a su naturaleza y función constitucional, o *si se trata de información, que ella sea veraz*. Corresponderá a la jurisprudencia en cada caso realizar la ponderación y analizar los conceptos de relevancia pública y veracidad de la información". (Énfasis añadidos).

Este límite a la libertad de expresión e información propuesto por la Sentencia N° 1.013 nos conduce necesariamente al delicado tema de la información "veraz", tema que ha suscitado gran controversia y en relación al cual la CIDH, ha sostenido que "*no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor*"⁴⁰. Por eso lo importante no es que alguien o algo pretenda erigirse en juez o censor de que una información es "veraz, imparcial y oportuna", sino la pluralidad de fuentes de información que permita a toda persona formarse su propia conclusión sobre el valor de la información que recibe. Esa es la otra "dimensión" de la libertad de expresión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encargó de destacar⁴¹:

- "33. Las dos dimensiones mencionadas (supra 30) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a *estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.*
34. *Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla.* Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas". (Énfasis añadidos).

40 Ver, Informe Especial del Relator de la Comisión IDH sobre *Libertad de Expresión...*, citado *supra*.

41 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-5/85*, citada *supra*, párrafos 33-34.

De lo que se trata, entonces, es de garantizar la pluralidad y la competencia entre los medios, que en el fondo es el mecanismo apropiado para que la sociedad sea informada abierta y pluralmente, en ejercicio de una libertad de expresión sin restricciones.

Se concluye así, que la garantía efectiva de las personas que se vean afectas por informaciones falsas o injuriosas es el derecho a réplica, es decir, a que se corrija públicamente la información falsa divulgada, sin perjuicio de las demás responsabilidades limitadas que ese hecho podría acarrear.

Ahora bien, por lo que respecta a la relación entre derecho al honor y libertad de expresión, es pertinente referirnos a las posiciones que le reconocen a la libertad de expresión y al derecho de información, un lugar preponderante, en caso de conflicto con otros derechos, en razón del interés colectivo de toda sociedad democrática a recibir información implícito en la libertad de expresión. En este sentido, la jurisprudencia de la CIDH al interpretar el artículo 13 del Pacto de San José, ha sostenido que el mismo⁴²:

“Engloba dos aspectos: el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas. Por lo tanto, cuando este derecho es restringido a través de una interferencia arbitraria, afecta no sólo el derecho individual de expresar información e ideas, sino también el derecho de la comunidad en general a recibir todo tipo de información y opiniones”.

Más recientemente, la CIDH en la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* con relación a los temas de información veraz y censura judicial ha reafirmado lo siguiente:

- “5. *La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.*
7. *Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales”.*(Énfasis añadidos).

Por otro lado, la tesis propuesta por la Sentencia N° 1.013 sobre la facultad de juez constitucional para “ponderar” el derecho a la libertad de expresión e información frente a otros derechos, pero sobre todo frente a la “veracidad” de la información, a fin de determinar la preeminencia del otro derecho fundamental, ha sido expresamente desechada por la Corte Inter-

42 Informe caso Francisco Martorell citado *supra*, Comisión IDH.

americana por ser violatoria del derecho a la libertad de expresión consagrada en la Convención Americana. En este sentido, los únicos límites autorizados por el tratado son los expresamente permitidos en éste:

- “1. En los espectáculos públicos la ley puede regular el acceso a ellos para la protección de la infancia y la adolescencia (art. 13.4); y salvo ello,
2. La ley puede prohibir toda propaganda en favor de la guerra y toda apología al odio nacional, racial o religioso que constituya incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (art. 13.5)”.

En la doctrina y jurisprudencia tanto internacional como comparada, ha habido mayor grado de discusión y precisión de los límites del segundo supuesto. Ahora bien, la jurisprudencia internacional ha sido unánime en desautorizar en principio, la *censura judicial* de ideas, opiniones, informaciones, obras artísticas y otras expresiones culturales so pretexto de hacer prevalecer otros derechos. Ello ha llevado a la Corte Interamericana a declarar contrarias a la Convención toda norma –incluso de rango constitucional– que autorice indebidamente la censura judicial y en consecuencia, a toda decisión de los tribunales nacionales (incluidos Cortes Supremas o Constitucionales) que impongan indebidamente la censura judicial preventiva o definitiva. En este sentido, en el caso de la censura confirmada por la Corte Suprema de Chile a la película *La última tentación de Cristo* con base en una norma constitucional expresa, a fin de hacer prevalecer otros derechos como honor, reputación e imagen (religiosa), la Corte Interamericana al declarar dichas decisiones contrarias al tratado, sentó la siguiente jurisprudencia⁴³

- “70. Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.
71. En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años (*supra* párr. 60 a, c y d). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de

43 Corte IDH, *Caso La última tentación de Cristo*, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001, citada *supra*, párrafos 70 a 73.

Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto por los señores..., “por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos”; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.

72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.
73. A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores... “(Énfasis añadidos).

La importancia adicional de esta jurisprudencia en el caso *La última tentación de Cristo* radica en que la Corte Interamericana reafirmó la responsabilidad internacional de los Estados por la violación del tratado, independientemente del órgano del poder público del cual emane el acto, hecho u omisión (legislativo, ejecutivo, judicial u otros); y en el caso de las normas con prescindencia de su jerarquía. En el caso bajo análisis, se trataba de normas de la propia Constitución chilena, que constituyen aún enclaves autoritarios impuestos por la dictadura, las cuales autorizan la censura previa absoluta de espectáculos públicos en contravención con las normas de la Convención Americana. Esta sentencia de la Corte Interamericana constituye un claro ejemplo de las potencialidades de lo que hemos denominado la “jurisdicción constitucional internacional de los derechos humanos”⁴⁴.

Por otro lado, bajo la misma orientación anterior, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el tema incluso de la prevalencia del derecho a la libertad de expresión –en decisiones no exentas de críticas por la doctrina en sus propios países. Así, el Tribunal Constitucional Español ha expresado sobre el particular lo siguiente⁴⁵:

44 Ver, Carlos M. Ayala Corao, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, IIDH/EJV, Caracas/San José, 1998.

45 Sentencia 165/1987, citada por Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, op. cit., pág. 211.

“La libertad de información es ... un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo *valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor* ... viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución constitucional del Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger. Este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción”.

Por su parte, Carlos Soria sostiene que la relación existente entre ambos derechos se manifiesta en la necesaria adecuación de los mismos, señalando que⁴⁶:

“... No puede existir, en sentido estricto, un conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la honra más que por motivos de inadecuación. Lo que puede darse es un conflicto entre la pseudoinformación y el derecho a la honra, o un abuso en la concepción del derecho a la honra que pretenda obstaculizar el ejercicio del derecho a la información”. (Énfasis añadidos).

En cualquier caso, de incurrirse en abuso en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por los profesionales dedicados a la divulgación de la información, el afectado debe disponer del derecho a rectificación, sin perjuicio de las demás responsabilidades.

En este sentido el Tribunal Constitucional Español ha sostenido en reiteradas oportunidades que “*La libertad de información como regla general debe prevalecer* siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ella intervienen”⁴⁷. (Énfasis añadidos).

Se inscribe así esa jurisprudencia en la línea de pensamiento de la doctrina analizada por el autor Carlos Soria, en cuya obra expresa sobre el particular⁴⁸:

“Como resumen podría decirse que las teorías que formulan unos límites al derecho a la honra, es decir, que la consideran respecto al derecho a la información como una excepción condicionada, han puesto en boga la siguiente afirmación: *Lo que sea verdadero y tenga relevancia pública, puede publicarse - siempre que se emplee un lenguaje correcto- aunque esa publicación comporte una lesión a la honra de terceros*” (Énfasis añadidos).

46 Carlos Soria, *Derecho a la información y derecho a la honra*, Barcelona, Editorial A.T.E., 1981, pág. 37.

47 Sentencias 143/1991 y 240/1992, citadas por Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, op. cit., pág. 211.

48 Carlos Soria, *Derecho a la información y derecho a la honra*, op. cit. pág. 47.

Por lo cual, independientemente de las limitadas responsabilidades ulteriores a que pueden estar sujeta la libertad de expresión, la verdadera garantía frente a las ideas, opiniones o informaciones inexactas o agraviantes la constituye el derecho de rectificación. Así mismo, en caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra, salvo los casos expresamente autorizados por el tratado, no podrá suprimirse la primera (ej. mediante censura previa), en virtud de su importancia para la preservación de una sociedad democrática. En consecuencia, la Sentencia N° 1.013 al autorizar la *censura judicial* previa para hacer prevalecer otros derechos e incluso la información “veraz”, resulta contraria al artículo 13 de la Convención Americana.

V. UNA REFLEXIÓN FINAL

Convendría observar, a título de reflexión final, como lo hicimos en las entrevistas periodísticas que nos hicieron en los días inmediatamente posteriores a la publicación de la Sentencia N° 1.013, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela se habría ahorrado los problemas nacionales e internacionales que dicho fallo ha ocasionado, de haber tenido en cuenta los estándares internacionales (mínimos) contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos y la interpretación auténtica que de ellos han hecho los órganos internacionales de protección de los derechos humanos creados por esos mismos instrumentos. Con ello, no sólo se habría dado cumplimiento a la obligación internacional del Estado venezolano de adoptar las medidas judiciales necesarias para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en los tratados (arts. 1 y 2, Convención Americana y arts. 2.1 y 2.2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); sino que además se habría dado cumplimiento a un deber constitucional propio, en virtud de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos en Venezuela, lo cual incluye a todo el tratado, es decir: no sólo las obligaciones sustantivas relativas a los derechos, sino las decisiones de sus órganos de protección (art. 23, Constitución). Esta última obligación además de tener su fuente internacional en dichos tratados, en el nuevo texto Fundamental venezolano, como vimos, es también y, además, de rango constitucional, como un derecho a que el Estado adopte las medidas (ej. judiciales) que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos creados en los tratados (art. 31, Constitución).

De allí la importancia de los tribunales nacionales como garantes de la tutela judicial efectiva de los derechos humanos en el orden interno, que es también un derecho humano internacional exigible tanto en el nivel interno como en el internacional (art. 23, Convención Americana y art. 2.3 Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

**UN BUEN COMIENZO, LA SENTENCIA 1.013
DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL
DERECHO DE RÉPLICA Y RECTIFICACIÓN**

Rafael J. Chavero Gazdik

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela
y de la Universidad Católica del Andrés Bello*

*“Yo estoy en contra de lo que tu dices,
pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo”.*

Voltaire

I. INTRODUCCIÓN

No debería extrañar que la decisión dictada por la Sala Constitucional, en fecha 12 de junio de 2001, caso *Elías Santana* haya sido objeto de un sin número de críticas y referencias por parte de todos los sectores del país. Y decimos que no nos debería resultar extraño en virtud de que este fallo se refiere a uno de los temas más cruciales de cualquier Estado de Derecho y, más aún, en aquellos calificados como democráticos, esto es, la libertad de expresión, sus limitaciones, presupuestos y garantías. Más bien resultaría sospechoso que una decisión de esta naturaleza, que como veremos asume pretensiones legislativas, pase desapercibida por la comunidad política y jurídica del país.

Por ello, nos complace participar en este debate que aborda la presente obra colectiva, sobre todo porque consideramos que algunos aspectos han sido tratados por los medios -y hasta por respetables juristas- con cierta ligereza e imprecisiones, llegándose hasta pervertir la sana crítica de una decisión que en nuestro criterio -al menos- decidió acertadamente el caso concreto que dio origen a la controversia judicial. Pero lo importante es que el debate ha estado en primera plana, todos parecen haber asumido una determinada posición, lo que dice mucho de nuestra sociedad, pues actitudes como éstas revelan que ya no somos meros espectadores de las decisio-

nes de los principales actores del gobierno y de las otras ramas del Poder Público, sino ciudadanos alertas a los asuntos que nos conciernen, capaces de disentir o compartir las posiciones del Máximo Tribunal de la República.

La sentencia que comentamos aborda muchos puntos de interés, todos ellos referentes al tema de la libertad de expresión, sin embargo nosotros vamos a referirnos en estas líneas únicamente al tema del *derecho de réplica y rectificación*, dejando para otra oportunidad problemas de vital interés como la veracidad y oportunidad de la información, los mecanismos indirectos de censura (v.g. cargas impositivas desproporcionadas, obligaciones irracionales a los concesionarios del espectro radioeléctrico, etc.) y la constitucionalidad de las llamadas leyes de desacato.

Sin duda alguna el tema del derecho de réplica o rectificación es la médula de la sentencia objeto del presente análisis, pues la acción de amparo intentada por el periodista Elías Santana estaba dirigida a obtener la oportunidad de replicar o rectificar unas opiniones emitidas por el Presidente de la República en su programa radial *Aló Presidente*, por lo que consideramos que la decisión ha debido limitarse a desarrollar el contenido de este derecho constitucional, y nada más. Sin embargo, lamentablemente la decisión no se limitó a tratar el asunto debatido, sino que incorporó toda una serie de consideraciones adicionales –referidas al sistema de libertad de expresión previsto en nuestra Constitución– algunas de las cuales las consideramos peligrosas y hasta atentatorias de un verdadero régimen democrático de gobierno. Pero repetimos, en este espacio nosotros vamos a limitarnos a revisar el caso concreto y el contenido del derecho de réplica y rectificación.

Para ello, trataremos de presentar el marco legal del derecho de réplica en Venezuela; unas nociones básicas y elementales de este novedoso –al menos formalmente– derecho constitucional; su tratamiento por la doctrina y la jurisprudencia foránea; para luego detenernos a revisar el caso concreto y la justificación de la Sala Constitucional para declarar la improcedencia de plano de la acción de amparo interpuesta; y así, por último, poder presentar algunas breves y finales reflexiones.

II. EL MARCO LEGAL DEL DERECHO DE RÉPLICA Y RECTIFICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO.

2.1. *La Constitución de 2000.*

Nuestra recién promulgada Constitución de 2000 consagró en forma expresa y por primera vez en nuestra historia constitucional el derecho de réplica y rectificación, como forma de complementar el derecho de información previsto en el artículo 58. Así, esta norma del Texto Fundamental establece que:

“La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral” (Énfasis añadido)¹.

Sin embargo, el hecho de que la Constitución del 2000 haya introducido formal y expresamente el derecho de réplica y rectificación, ello no quiere decir que hasta esta fecha este derecho fundamental no haya tenido jerarquía constitucional². En efecto, la Constitución de 1961 consagraba una disposición mediante la cual se incorporaban a su texto todos aquellos derechos o garantías que sin estar expresamente ella, podían considerarse como inherentes a la persona humana³. Y tal y como veremos de seguidas, el derecho de réplica ha sido considerado como un derecho inherente a la persona humana, al punto de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo reconoce expresamente (artículo 14) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos implícitamente (artículo 19).

Adicionalmente, antes de la promulgación de la Constitución de 2000 sostuvimos que el derecho de réplica no sólo era un derecho inherente a la persona humana –y por ello con rango constitucional en nuestro país– sino que también su consagración formal se justificaba con la cláusula constitucional que garantiza el derecho a la igualdad y la no discriminación, pues el derecho de réplica y rectificación puede verse como una forma de consolidar el derecho de acceder, en igualdad de condiciones y oportunidades, a los medios de comunicación, con la finalidad de defenderse ante una información inexacta o infamante.

2.2. *La doctrina o derecho de réplica o rectificación en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.*

Como se sabe, nuestro país es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴, la cual consagra formalmente el derecho de réplica. En

1 Este derecho de réplica está consagrado también expresamente en las siguientes Constituciones latinoamericanas: Colombia (artículo 20); Chile (artículo 19, ordinal 12); Ecuador (artículo 22, ordinal 5º); El Salvador (artículo 6); Guatemala (artículo 35); Nicaragua (artículo 68); Paraguay (artículo 28); y Perú (artículo 2, ordinal 7).

2 Al respecto, véase Rafael J. Chavero Gazdik, “El mercado de ideas y la doctrina de réplica como garantía de la libertad de expresión”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 4, Sherwood, Caracas, 1998, pp 47 y ss.

3 Nos referimos al artículo 50 de la Constitución de 1961, norma que se repite en el artículo 22 de la vigente Constitución de 2000.

4 Venezuela ratificó la Convención Americana Sobre Derechos Humanos el 9 de agosto de 1977 y reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH el 24 de junio de 1981.

DERECHO DE RÉPLICA Y RECTIFICACIÓN

efecto, el artículo 14 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone textualmente:

“Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

Si bien esta disposición pareciera limitar el ejercicio de este derecho a la existencia de una ley que establezca las condiciones en que se va a regular el derecho o la doctrina de réplica, es el caso que ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha claramente establecido que se trata de una norma que impone la obligación y el deber jurídico de los Estados parte de la Convención Americana, de adoptar las medidas necesarias para cumplir con los compromisos asumidos por esta Convención. Es decir, que la no regulación o desarrollo legal de este derecho de respuesta no significa que no sea una norma vinculante para los Estados. Concretamente la Corte precisó lo siguiente:

“El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1., que establece el compromiso de los propios Estados Partes de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención y de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...” En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos”⁵.

Así lo ha confirmado la jurisprudencia argentina -como país miembro de la Convención-, en una decisión de la Corte Suprema de la Nación de

5 Corte IDH., *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* -(arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-7/86* del 29 de agosto de 1986. Serie A N° 7.

fecha 07-07-92, *Caso Ekmekdjian M. c. Sofovich G. y otros*, al señalar que de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena, en concordancia con los artículos 14 y 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se podrán invocar disposiciones -u omisiones- de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. La Convención Americana está dirigida a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo⁶.

Por tanto, a pesar de que no exista una Ley que disponga y regule el derecho de réplica o rectificación en Venezuela -salvo en materia disciplinaria del periodista, como veremos inmediatamente-, existe la obligación de cumplir con esta doctrina, en virtud de: 1) la vigencia y carácter no pragmático de los derechos constitucionales consagrados expresamente en la Constitución y 2) los compromisos internacionales asumidos por nuestro país⁷. Por ello, hoy en día no debería existir duda alguna sobre la vigencia y exigibilidad del derecho de réplica en Venezuela, tanto a nivel nacional como interamericano.

Por tanto, a pesar de que nuestro legislador no ha cumplido con la obligación que le impone los artículos 14, 1.1. y 2 de la Convención Americana⁸, es obligación de los jueces de la República aplicar y proteger, en los procedimientos correspondientes, el derecho de respuesta establecido en los artículos 58 de la Constitución y 14 de la Convención Americana. Esto ha sido reconocido expresamente por la decisión que comentamos en las presentes líneas, dictada por la Sala Constitucional, en fecha 12 de junio de 2001.

6 El texto completo de esta decisión puede verse en Eduardo Zannoni y Beatriz Biscaro, *La responsabilidad de los medios de prensa*, op. cit. págs. 257 y ss.

7 A pesar de que con la Opinión Consultiva de la Corte IDH y con alguna jurisprudencia de los países miembros, ha quedado claro que la norma establecida en el artículo 14 de la Convención Americana no es una norma programática, sino que por el contrario es vinculante para los Estados partes. Conviene recordar aquí toda la literatura académica y jurisprudencial criolla sobre las supuestas normas constitucionales programáticas, surgidas a raíz de las decisiones del caso del amparo en el caso *Rondalera*, el amparo en el caso *Andrés Velásquez* y más recientemente en la decisión dictada por la Sala Constitucional en el caso *José Amando Mejía*. Para un análisis detallado de estos materiales puede verse Hildegard Rondon de Sansó, *Amparo Constitucional*, Editorial Arte, Caracas, 1988; y Rafael J. Chavero Gazdik, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Sherwood, Caracas, 2001.

8 Somos del criterio de que esta omisión de la Asamblea Nacional configura una trasgresión constitucional, la cual puede ser atacada por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los efectos de adaptar nuestra legislación a los nuevos cambios constitucionales y a los compromisos internacionales que hemos asumido. Con ello se evitaría, entre otras cosas, que el desarrollo de este derecho fundamental provenga de las decisiones particulares dictadas por la misma Sala Constitucional. Sobre la inconstitucionalidad por omisión, puede verse, Germán J. Bidart Campos, *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, ED, 78-785.

2.3. *La Ley del Ejercicio del Periodista.*

En el ámbito legislativo el derecho de rectificación sólo ha sido consagrado en Venezuela en la Ley del Ejercicio del Periodismo, en su Reglamento y en el Código de Ética del Periodista Venezolano. Es decir, en el régimen disciplinario del periodista se encuentra establecido -a manera de principio ético- la obligación de rectificar, en el lapso de 48 horas siguientes a la divulgación, las noticias erradas o infamantes.

En efecto, el artículo 9 de la Ley de Ejercicio del Periodismo establece lo siguiente:

“Toda tergiversación de la información debe ser rectificadora oportuna y eficientemente. El periodista estará obligado a rectificar y la empresa deberá dar cabida a tal rectificación y a la aclaratoria que formule el afectado”.

Por su parte, el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Ejercicio de Periodismo señala que dichas “rectificaciones a que se refiere el artículo 9 de la Ley deberán ser hechas dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a aquellas en que lo exija el agraviado, en las mismas condiciones y el mismo medio en que cursó la información. Para los efectos de este artículo, la obligación del medio de comunicación o del periodista, se cumplirá con la entrega de la rectificación a la empresa u organismo que estará obligado a publicarla gratuitamente. La empresa deberá expedir al periodista constancia de los hechos a que se refiere al párrafo anterior y será en forma oportuna y eficiente”.

Sin embargo, bajo este marco estrictamente legal, el órgano encargado de velar por el efectivo cumplimiento de la réplica sería única y exclusivamente el Colegio de Periodistas y, por ende, las únicas sanciones que podrían imponerse en caso de incumplimiento son las sanciones disciplinarias que el ente corporativo puede imponerle al profesional del periodismo. En este sentido, el artículo 45 del Código de Ética del Periodista Venezolano establece que:

“El periodista y los órganos regulares del Colegio, serán los únicos responsables de asegurar la observancia y vigilancia de estos principios éticos. En consecuencia, nada puede justificar la intervención de ninguna autoridad gubernamental para forzar su cumplimiento o sancionar a quienes violen el presente Código”.

Ahora bien, esta normativa disciplinaria deja fuera de su ámbito de aplicación a las personas o empresas que tengan acceso a los medios de comunicación sin ser periodistas; a los periodistas que no se encuentran inscritos en el Colegio Nacional de Periodistas y, en fin, a cualquier otra persona o empresa que haya divulgado una información que, sin el ánimo de hacer noticia a través de un medio de comunicación, requiera ser rectificadora.

Es importante señalar que la Ley de Ejercicio de Periodismo establece, en principio, la prohibición del ejercicio de la profesión por parte de personas que no posean un título universitario adecuado y que no estén inscritos en el Colegio Nacional de Periodistas -artículos 2 y 39-. Sin embargo, estas normas son contrarias al derecho constitucional que garantiza la libertad de expresión⁹, al limitar las posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones a un determinado grupo de profesionales. Es decir, impiden el flujo permanente del mercado de las ideas.

Esta ha sido la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que:

“...Es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir informaciones sin trabas”¹⁰.

Por tal razón, estas disposiciones pudieran ser desaplicadas, en uso del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en caso que se pretenda enjuiciar penalmente a cualquier persona que, sin ser periodista o sin estar inscrito en el Colegio Nacional de Periodistas, divulgue información a través de algún medio de comunicación. Obviamente, sería encomiable una reforma legislativa o el ejercicio de una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 39 de la Ley de Ejercicio de Periodismo, a fin de compatibilizar y actualizar nuestra legislación con las normas internacionales vinculantes en nuestro país¹¹.

En conclusión, consideramos que no solamente los periodistas pueden difundir o divulgar informaciones, ideas u opiniones a través de los medios de comunicación, sino que por ser la libertad de expresión uno de los pilares básicos de todo sistema democrático, cualquier persona es libre de acceder y utilizar los medios para expresar sus ideas. De allí, que el derecho de réplica consagrado en la Ley de Ejercicio de Periodismo es insuficiente e incomple-

9 Artículos 57 y 58 de la Constitución. *Vid.* sobre esta problemática, René Plaz Bruzual y Luis A. Ortiz-Alvarez, “Reflexiones sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Ejercicio del Periodismo”, en *Revista de la Procuraduría General de la República*, N° 13, 1995, pp. 331-368.

10 Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5.

11 Dicha acción de inconstitucionalidad ya ha sido interpuesta y se encuentra en estado de sentencia ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

to, no sólo porque la sanción disciplinaria máxima que podría imponerse a un periodista que se rehúse a rectificar una información es de prohibición del ejercicio de la profesión por un año, sino que además porque no abarca a todas las personas que pueden tener acceso a los medios de comunicación.

III. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS SOBRE EL DERECHO DE RÉPLICA O RECTIFICACIÓN Y UNAS BREVES NOTAS SOBRE SU EVOLUCIÓN Y CONSAGRACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

El derecho de réplica o replicato compulsivo implica darle oportunidad de defenderse al sujeto afectado por una información difundida en algún medio de comunicación, mediante la concesión gratuita del mismo espacio informativo que se utilizó para divulgar la información inexacta o agravante. El autor argentino Badeni define esta institución como aquella “facultad reconocida a toda persona que se considere agraviada o afectada por una información inexacta o agravante emitida a través de un medio técnico de comunicación social para difundir, por igual medio, las aclaraciones, réplicas o respuestas que estime satisfactorias, para precisar las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos. Tal potestad trae aparejada la obligación, para el propietario, director o editor del medio de difusión, de publicar, en forma gratuita, aquellas manifestaciones aunque la causa de la réplica resida en expresiones provenientes de personas ajenas al medio que las difundió”¹².

Por su parte, el artículo 1º de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación en España establece que “Toda persona natural o jurídica tiene el derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio”. Y al referirse a esta definición legal, Llamazares Calzadilla, destaca algunos elementos importantes de la definición, entre los cuales podemos destacar: a) la obligación para el director del medio que haya publicado las informaciones en cuestión, consistente en publicar íntegra y gratuitamente el escrito de rectificación, con relevancia semejante a la que se dio a la información que se rectifica; b) el objeto del derecho de rectificación son los hechos publicados, considerados inexactos por el titular del derecho, siempre que le aludan y le perjudiquen, lo que quiere decir que no cabe el ejercicio del derecho contra opiniones o juicios de valor; c) el ejercicio del derecho de rectificación no

12 Gregorio Badeni, *Libertad de Prensa*, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires, 1995, pág. 218 y ss.

prejuza la veracidad o falsedad de las informaciones publicadas ni de la propia rectificación¹³.

Por último, Barroso y López Talavera definen al derecho de rectificación como “una garantía del ciudadano afectado por una información inexacta que le facilita el acceso al medio de comunicación en el que aquélla se difundió, de una manera sencilla y rápida, condición ésta última imprescindible para la efectividad del derecho, pues es claro que el transcurso del tiempo opera negativamente sobre los intereses de su titular”¹⁴.

De lo anterior, resulta evidente que el derecho de réplica excede de la noción de resarcimiento, lo cual puede obtenerse a través de las vías ordinarias pertinentes mediante una demanda de daños y perjuicios. La réplica se configura entonces, como la obligación de difundir la propia versión del afectado en el mismo medio que la dio a conocer. Esto quiere decir que independientemente de que haya existido culpa o dolo por parte del medio de comunicación que hizo pública una determinada información, éste se encontrará obligado a dar la misma oportunidad al sujeto que se considere afectado por la inexactitud o gravedad de dicha información¹⁵.

Consideramos importante referirnos a la distinción entre la réplica y la rectificación, sobre todo porque el artículo 58 de la Constitución de 2000 hace referencia a ambos conceptos unidos por la conjunción copulativa “y”, es decir, pareciera, si nos atenemos al estricto análisis literal de esta norma, que se trata de dos figuras distintas¹⁶. Ahora bien, no puede negarse que la distinción entre ambos conceptos ha sido admitida en muchas partes del mundo y ha tenido, principalmente, dos justificaciones, la primera se refiere a los sujetos contra el cual puede ejercerse la réplica o rectificación y la segunda se refiere al tipo de expresiones que puede habilitar el ejercicio de este derecho constitucional.

En efecto, tal y como reseña la doctrina española, el origen de la idea de diferenciar los términos réplica y rectificación viene de la legislación francesa, donde se identificaban cada uno de estos conceptos con la persona que solicitaba la réplica o rectificación. Así si el solicitante era una persona de gobierno se hablaba de *réplica*, mientras que si el solicitante era un simple

13 María Cruz Llamazares Calzadilla, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 179.

14 Porfirio Barroso y María del Mar López Talavera, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Editorial Fragua, Madrid, 1998.

15 Véase, Eduardo Zannoni y Beatriz Biscaro, *La responsabilidad de los medios de prensa*, Astrea, Buenos Aires, 1993, págs. 205 y ss.

16 Desafortunadamente los debates constituyentes no ayudan a aclarar las razones que llevaron a la Asamblea Nacional Constituyente a utilizar dos conceptos distintos.

particular la figura utilizada era la *rectificación*¹⁷. Por ello, esta ha sido una de las justificaciones históricas que se han utilizado para diferenciar ambos conceptos.

La otra justificación es quizás la más aceptada y consiste en diferenciar ambas figuras dependiendo de las expresiones que pueden dar origen a la réplica o rectificación. En este sentido, si se trata de ideas expresadas a través de *opiniones* que desean ser cuestionadas por otros comentaristas estaremos en presencia de la *réplica*, mientras que si se trata de *informaciones* aportadas mediante datos fácticos que requieren ser corregidas por los afectados estaremos en presencia del derecho de *rectificación*. Atendiendo a esta distinción fue que la legislación española optó por consagrar únicamente el derecho de rectificación (Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación) y quizás también por eso el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo hace referencia a los términos *rectificación* o *respuesta*, utilizándolos como sinónimos.

Por ello, hoy en día pareciera existir una clara diferenciación entre ambas figuras, lo cual evidentemente genera repercusiones importantes a la hora de delimitar el alcance de este derecho fundamental, pues serían muy distintas las repercusiones para un ordenamiento jurídico si se llegare a permitir el derecho de respuesta para las simples opiniones.

Dicho esto, cabría preguntarse ¿nuestra Constitución permite el derecho de réplica o rectificación frente a opiniones? En nuestro criterio la respuesta es categóricamente negativa. Los términos utilizados en el artículo 58 no fueron para atender a las distinciones exquisitas que se han hecho en doctrina. En nuestro criterio se tratan simplemente como sinónimos o, al menos, si los términos réplica y rectificación no se utilizaron como sinónimos parece claro que ambos serían procedentes únicamente frente a informaciones. De hecho, la norma en cuestión señala que “toda persona tiene derecho...a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por *informaciones* inexactas o agraviantes”. Vemos como se limitan ambos términos a las informaciones y no a las opiniones.

Es más, si algo quedó claro del debate constituyente sobre los artículos relacionados con la libertad de expresión, es que el derecho de información era distinto al derecho a expresar pensamientos, ideas u opiniones a viva voz. No fue casualidad que ambas normas (artículos 57 y 58) se hayan separado. Se quiso dejar bien claro que se trata de derechos distintos, por lo que la veracidad, oportunidad, imparcialidad, oportunidad de réplica y rectificación, todo ello está dirigido a las informaciones y no a las opiniones

17 Véase, María Cruz Llamazares Calzadilla, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, op. cit. y Porfirio Barroso y María del Mar López Talavera, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, op. cit.

o ideas. Lamentablemente del debate constituyente no se puede sacar mayores conclusiones, pero de ninguna intervención se obtiene la idea de que los términos réplica y rectificación son cosas distintas¹⁸.

Por ello consideramos acertada la posición de la Sala Constitucional, en la decisión 1.013 de 2001, cuando trata a ambos conceptos como sinónimos, pues en muchos pasajes de la decisión hace constante referencia a los términos réplica o rectificación. E, incluso, en algunas partes identifica al concepto réplica con el término respuesta¹⁹. Con ello, entendemos que la Sala ha tratado de salvar las peligrosas consecuencias que se generarían frente a la libertad de expresión, si se estableciera la posibilidad de constreñir a los medios de comunicación a dar espacios para responder a simples opiniones y no a las informaciones. Sobre este punto tendremos oportunidad de extendernos en el Capítulo siguiente, pues lo consideramos uno de los puntos nodales en las discusiones que ha generado el fallo objeto de los presentes comentarios.

Por ello, nosotros utilizaremos como sinónimos los conceptos de réplica y rectificación, al menos en el sentido de entender que ambos términos están dirigidos a obtener respuestas compulsivas, únicamente frente a informaciones erradas o agraviantes, mas no frente a opiniones.

Volviendo al origen de esta doctrina o derecho de réplica, éste se suele ubicar en Francia, a finales del siglo XVIII. Su finalidad inicial no fue proteger el derecho al honor o a la reputación del ciudadano, sino en realidad, buscaba ofrecer a las figuras públicas un medio para contrarrestar las críticas periodísticas o los efectos de la publicidad de informaciones desfavorables para su imagen popular. En 1822, se ubica la primera Ley sancionada que imponía a los propietarios de los periódicos la obligación de insertar dentro de los tres días de su recepción, la respuesta o réplica de toda persona que hubiera sido nombrada en un impreso, bajo apercibimiento de la aplicación de una multa²⁰.

18 Por ejemplo, en la intervención del constituyente Vladimir Villegas, durante la primera discusión del Anteproyecto de Constitución se puede leer lo siguiente: “Con respecto al derecho a réplica de los corruptos, esos son los que más derecho a réplica han tenido en este país, Alfredo. Nosotros estamos defendiendo el derecho a réplica del ciudadano común y corriente, del pata en el suelo que no tiene acceso a la *información*, que no tiene acceso a un medio de *información*, a un derecho a réplica, del que es sacado como un delincuente en un periódico y luego no tiene quien le publique la réplica (aplausos) (Énfasis añadidos). Del texto de esta intervención puede desprenderse al menos la intención de mucho de los constituyentes, en el sentido de asimilar los términos réplica y rectificación, o al menos a considerarlos como una misma cosa.

19 Por ejemplo, en la página 16 de la versión del fallo obtenida de la página web del Tribunal Supremo (www.tsj.gov.ve).

20 Gregorio Badeni, *op. cit.*, pág. 214. Por su parte, Ballester afirma que los acontecimientos que motivaron la sanción de esta ley fueron precipitados por el Cardenal Richelieu, quien

Y el desarrollo más interesante en Derecho Comparado que podemos conseguir sobre el derecho de réplica lo encontramos en el ordenamiento jurídico estadounidense, no sólo porque es el sistema donde se protege con mayor amplitud el derecho a la libertad de expresión, sino también porque en este país la evolución del derecho de réplica ha sido bastante cíclica, dependiendo de las condiciones del mercado de las telecomunicaciones en cada momento histórico y, lógicamente, de las tendencias políticas de los partidos de gobierno. Así, quizás el origen formal de la réplica en los Estados Unidos lo podemos encontrar en 1949, cuando la *Federal Communication Commission* (FCC) realizó el conocido *Fairness Report*²¹, mediante el cual manifestó su política de permitir cierta injerencia gubernamental en la función editorial de los beneficiarios de concesiones o licencias de telecomunicaciones, con la finalidad de promover un mayor flujo en el mercado de las ideas.

En dicho reporte se estableció la obligación de los concesionarios de transmitir las informaciones controversiales y la obligación de dar espacio a los puntos de vista divergentes. De tal forma, que para la FCC la doctrina de réplica iba a consistir en dos obligaciones para los beneficiarios de licencias administrativas. La primera, implicaba el deber de transmitir asuntos controversiales e importantes para la comunidad donde sirve dicho medio, con lo cual se buscaba evitar que los medios evadieran dichos temas por temor al control editorial de los adversarios a esas informaciones; mientras que la segunda obligación iba a consistir, propiamente, en dar cabida a todas las versiones de una misma información. Esto podía realizarse, bien sea presentando un programa variado con todos los puntos de vista, o permitiendo una razonable oportunidad para presentar opiniones contrarias en un programa diferente²².

Sin embargo, esta doctrina de réplica fue abandonada en el derecho estadounidense, tanto en los medios impresos como en los medios de telecomunicaciones que operan a través de concesiones estatales. En efecto, en el primer caso, con la decisión recaída en el *Caso Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*²³, el Tribunal Supremo estadounidense rechazó la posibilidad de entender la doctrina de réplica como un derecho constitucional, considerando que atentaba contra el derecho de propiedad y libertad de expresión de los medios de comunicación.

habría pretendido preservar, en 1820, la subsistencia del régimen monárquico mediante la censura y la implantación del delito de tendencia. Todo ello por considerar que los excesos de la libertad de expresión habían sido los causantes del asesinato del duque de Berry. Véase, Elle C. Ballester, *Derecho de Respuesta*, Astrea, Buenos Aires, pág. 2.

21 Editorializing by Broadcast Licensees, 13 F.C.C. 1246 (1949), en lo adelante *Fairness Report*.

22 Para un análisis detallado de la Fairness Doctrine, puede consultarse Christopher S. Lentz, "The Fairness in Broadcasting Doctrine and the Constitution: Forced One-Stop Shopping" in the *Marketplace of Ideas*, U. Ill. L. Rev. 271 (1996).

23 418 U.S. 241 (1974).

En este caso, el *Miami Herald* había publicado editoriales criticando la nominación de Pat Tornillo como candidato a la Cámara de Representantes para el Estado de Florida. Ante estas publicaciones Tornillo, invocando la ley que consagraba el derecho a réplica en ese Estado, exigió que el diario publicara sus respuestas y consideraciones. El periódico se negó a hacerlo solicitando ante la Corte de Circuito la declaratoria de inconstitucionalidad de dicha norma, la cual aceptó la pretensión del diario. Este fallo fue revocado por la Corte Suprema del Estado de Florida y de allí que el *Miami Herald* planteara el caso ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

En la sentencia dictada por la Suprema Corte estadounidense se señaló expresamente lo siguiente:

“La selección del material que ha de ir en un periódico y las decisiones que se tomen en cuanto a los límites de la dimensión y contenido del diario, así como el tratamiento a darse a los acontecimientos públicos y funcionarios del gobierno, sea o no sea imparcial, comporta el ejercicio del control del discernimiento editorial”.

En opinión concurrente, *Justice White* recalcó que “...la supresión del derecho de la prensa a elogiar o criticar a los agentes del gobierno y para contender en favor o en contra del cambio amordaza a uno de los verdaderos órganos que los padres de nuestra Constitución concienzuda y deliberadamente eligieron para desarrollar y mantener libre a nuestra sociedad. Por supuesto que no siempre la prensa es exacta o tampoco responsable, y a veces puede dejar de presentar un debate completo e imparcial sobre los acontecimientos públicos importantes. Pero los términos de la alternativa contenida en la Primera Enmienda con relación a la prensa, es que la sociedad debe asumir el riesgo de que a veces el debate no sea comprensivo y que no todas las opiniones puedan ser expuestas...Todo otro régimen, todo otro sistema que sustituya el control privado de la prensa por la pesada mano de la intrusión del gobierno, haría al gobierno censor de lo que el pueblo puede leer y conocer”.

La Suprema Corte concluyó en este caso advirtiendo que poner en marcha la institución de la réplica compulsiva pondría en peligro la libertad de expresión, debido a que la prensa podría concluir que la mejor forma de evitar controles editoriales es evitando la publicación de materiales controvertidos (*chilling effect*).

Esta posición jurisprudencial no fue inicialmente aplicada a los medios de comunicación que operan a través de concesiones estatales -principalmente la radio y la televisión-. Así, en la decisión recaída en el *Caso Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*²⁴ la Suprema Corte señaló que la diferencia

24 395 U.S. 367 (1969).

en las características de los nuevos medios de comunicación masiva justificaban estándares diferentes en cuanto a la libertad de expresión garantizada por la Primera Enmienda.

En efecto, la Corte tomó en consideración el elemento de la escasez de las frecuencias u ondas para transmitir señales (*spectrum*), lo que implica que no todo el mundo puede disponer de concesiones administrativas para constituir emisoras de radio o televisión. De allí, que el Gobierno tendría que garantizarle al resto de la colectividad que no dispone de la posibilidad de acceder a las frecuencias para transmitir, una forma o alternativa para poder expresar sus inquietudes. En este caso, la réplica podría funcionar como el mecanismo ideal para darle acceso a las opiniones diversas.

En este caso, la Red Lion Broadcasting tenía una concesión para operar una estación de radio (WGCB) en el Estado de Pennsylvania. En esta emisora el reverendo Billy James Hargis tenía un programa radial y el día 27 de noviembre de 1964 se refirió en su programa a un libro publicado por Fred J. Cook y al hacer la crítica del mismo señaló que el autor del libro pertenecía al partido comunista y que su libro no hacía otra cosa que desprestigiar al candidato presidencial Barry Goldwater.

Ante estas afirmaciones el señor Cook se dirigió a la emisora a reclamar porque no se había cumplido con la *fairness doctrine*, la cual obligaba a los concesionarios de emisoras de radio y televisión a publicar todas las versiones posibles de una misma noticia. Las emisoras debían enviar a los posibles perjudicados por una información difundida en sus medios una cinta, una transcripción o un resumen de la información transmitida para que ejerciera la réplica respectiva.

Luego de que la FCC emitió su opinión, donde obligaba a la Red Lion Broadcasting cumplir con la *fairness doctrine*, esta emisora impugnó dicho acto administrativo ante la Corte de Apelaciones y luego ejerció *certiorari* o recurso de súplica ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. La Corte Suprema convalidó la decisión de la FCC, señalando que:

“Donde hay sustancialmente más individuos que desean transmitir por radio, que frecuencias por adjudicar, resultaría ocioso afirmar el amplísimo derecho emergente de la Primera Enmienda para transmitir por radio, como comparable al derecho de cada individuo de hablar, escribir o publicar. Si 100 personas quisieran obtener concesiones para transmitir, pero sólo hay 10 frecuencias para adjudicar, todas estas personas deberían de tener el mismo derecho a obtener las frecuencias. Pero si se quiere tener una comunicación radial efectiva, sólo unas pocas se pueden adjudicar y el resto de los solicitantes deben abstenerse de utilizar las frecuencias.

El derecho a transmitir por radio se otorga por medio de una concesión o permiso, pero el concesionario no tiene el derecho constitucional a ser el único que lo detente ni a monopolizar una frecuencia radial excluyendo al resto de la comunidad.

En razón de la escasez de frecuencias de radiodifusión, del papel del Gobierno en adjudicar esas frecuencias y de la legítima pretensión de quienes sin ayuda del Gobierno no pueden acceder a esas frecuencias para expresar sus opiniones, sostenemos que las normas y reglas *-fairness doctrine-* aquí discutidas están autorizadas por la ley y son constitucionales²⁵.

De manera que en un primer momento, la Corte Suprema estadounidense estableció una diferencia entre los medios de comunicación que requieren de concesiones administrativas -radio y televisión- de los medios de comunicación que no la requieren -prensa-. Y en este sentido, consideró que era perfectamente constitucional la doctrina de réplica en el primero de los casos, pero inconstitucional en el segundo. De allí, que el nivel de acceso que tiene el ciudadano al medio de comunicación es el criterio dominante que consideró la Corte para establecer o eliminar el derecho o doctrina de réplica.

Sin embargo, años más tarde y con el ya mencionado *Fairness Report*²⁶, la FCC abandonó la aplicación de la *fairness doctrine* por considerarla contraria a la Primera Enmienda. En este extenso reporte la FCC concluyó señalando que esta doctrina es innecesaria para promover la libertad de expresión, básicamente por tres razones:

En primer lugar, porque consideró que el público tenía acceso a una multiplicidad de medios sin la necesidad de intervención del Estado a través de normas administrativas. En segundo lugar, porque resulta contraproducente, en virtud de que limita, en vez de aumentar la libertad de expresión, ya que los medios de comunicación se ven constreñidos -por el alto costo que implica poner en marcha la doctrina de réplica- a evitar transmitir materiales controversiales de principal importancia. Y, por último, la FCC consideró que exigir la doctrina de réplica limita el derecho de los medios a controlar su propio editorial, crea el peligro de que el Gobierno abuse de su facultad de control editorial y, además, impone un alto costo económico no solamente en los medios sino también en la propia FCC, como agencia administrativa encargada de velar por el cumplimiento de la doctrina de réplica.

Por otra parte, esta doctrina de réplica quedó excluida de la televisión por cable, básicamente porque este sistema no opera a través de concesiones administrativas. En todo caso, la Corte Suprema estadounidense ha señalado que cualquier tipo de intervención administrativa en esta modalidad de las telecomunicaciones debe analizarse con un mayor grado de severidad (*strict*

25 *Ibidem*

26 Sin embargo, debe destacarse que si bien este *Fairness Report* no elimina tajantemente la doctrina de réplica, pues en sus conclusiones se limita a dejarlo en manos del Congreso, es el caso que con decisiones subsiguientes se dejó bien claro que la FCC no pretendía aplicar ni hacer cumplir la mencionada doctrina. Véase el caso administrativo *Syracuse Peace Council*, 2 FCC Rcd 5043, 5046, 5057 (1987).

scrutiny). De tal manera que serán constitucionales sólo aquellas medidas administrativas de extrema importancia y que no limiten otras garantías fundamentales²⁷.

Por tanto, esta posición asumida por la Administración y por la jurisprudencia estadounidense parece haber puesto de manifiesto que es peor el remedio que la enfermedad. Los datos recabados por la FCC en el proceso que culminó con el rechazo de la *fairness doctrine* concluyen que promover la réplica implica coartar la libertad de expresión, en virtud de que la misma conlleva a que los medios de comunicación eviten la publicación o transmisión de los materiales que pueden traerles la obligación de tener que conceder igual espacio a todas aquellas personas que se vean perjudicadas por la información agravante²⁸.

Algún sector de la doctrina argentina parece haber asumido la tesis estadounidense, mediante la cual se deja exclusivamente al libre mercado el acceso a los medios de comunicación para responder cualquier información errada o agravante. Al respecto, el autor Badeni afirma que:

“Desde un punto de vista práctico, son cuantiosos y sumamente graves los perjuicios que acarrea el replicato compulsivo para la libertad de prensa. La simple lectura de cualquier periódico revela que su contenido es susceptible de generar decenas de pedidos de réplica por la disparidad de las opiniones y las numerosas modalidades que permite la publicación de un hecho.

Asimismo, el efecto multiplicador de la institucionalización de semejante derecho será fuente de innumerables peticiones que repercutirán sobre los costos de las publicaciones, la cantidad y calidad de las opiniones o noticias a difundir

27 Véase las decisiones recaídas en el *Caso Turner Broadcasting v. FCC*; la primera del año 1994 y la segunda del año 1997. Debe destacarse que en estas decisiones, la Corte consideró constitucional la legislación que obligaba a los dueños de cables a tener que transmitir canales locales (*must-carry provisions*), a los efectos de obtener una mejor divulgación de los asuntos de verdadera importancia para la comunidad. Aquí, reconoce la Suprema Corte que el mercado requiere de intervención estatal para lograr un real equilibrio en el intercambio de ideas. Textualmente la Corte expresó que la Primera Enmienda “no le impide al gobierno tomar las medidas necesarias para asegurar que los intereses privados no restrinjan, a través del control de una vía determinada de comunicación, el libre intercambio de información e ideas”. Ambas decisiones y sus comentarios pueden consultarse en Thomas G. Krattenmaker, *Telecommunications Law and Policy*, 2ed. Carolina Academic Press, 1998.

28 Es famosa la frase utilizada por Tribe cuando señala que la tesis que se desprende de las decisiones de la Suprema Corte norteamericana, en los *Casos Miami Herald v. Tornillo* y *Wooley v. Maynard*, es que “el poder para obligar a expresarse está muy cerca del poder a censurar la expresión: ambos deben prohibirse”. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2ed., The Foundation Press, 1988, pág. 1002. En el mismo sentido, Chafee ha expresado que “si el gobierno puede decirle a los periódicos qué deben de decir en sus editoriales...está a sólo un paso de decirles qué deben dejar afuera”. Z. Chafee, *Government and Mass Communications* 709-10, 1947.

y, sustancialmente, sobre el derecho a la información de la sociedad. Todo ello, a su vez, podrá desembocar en la implantación de una férrea censura”²⁹.

Obviamente, estas decisiones judiciales y administrativas no han estado inmunes a la crítica en los Estados Unidos. Algunos autores de prestigio han manifestado sus dudas sobre la omnipotencia del libre mercado en la libertad de expresión. En este sentido, Sustain ha señalado que la intervención gubernamental -también legislativa o judicial- es necesaria para garantizar más democracia en el acceso y difusión de la información. Este tipo de intervención, en su criterio, no es contraria a la Primera Enmienda³⁰.

Entre las intervenciones justificables menciona todas aquellas que puedan promover una opinión más diversa y extensa de las ideas. Tales como, el requerimiento de dar cobertura a los asuntos importantes para la sociedad -bien sean públicos o privados-; el derecho de réplica; el control de la influencia de los comerciales en los medios de comunicación y las limitaciones a los comerciales en las programaciones infantiles.

Esta posición mantenida por Sustain coincide con la adoptada por las principales naciones de Europa occidental. De bastante relevancia resulta la lectura de la jurisprudencia italiana, donde se rechaza la posición de que el mercado mismo puede controlar la libertad de acceso a los medios de comunicación, reafirmando el derecho de réplica como uno de los pilares fundamentales para promover la democracia de las ideas³¹. En el mismo sentido se orienta la jurisprudencia alemana, en donde se han justificado las intervenciones públicas en el negocio de las telecomunicaciones como una forma de garantizar la libre promoción de las ideas. En este sentido la Corte Constitucional alemana ha señalado que:

“No puede haber certeza alguna de que las leyes no escritas del mercado pueden producir una selección de programas que se ajusten a los estándares correctos de la libertad de expresión. Debemos confrontar el peligro de que -los medios de comunicación- excluyan opiniones que deberían ser divulgadas a la opinión pública, pero que los que tienen las frecuencias para transmitir y el poder financiero para hacerlo pretenden sacarlas de esa opinión pública”³².

29 Gregorio Badeni, *Libertad de Prensa*, op. cit. pág. 221 y ss.

30 Véase Cass Sustain, *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, New York, 1995.

31 Véase la decisión 225/1974 de 1974 en Giurisprudenza costituzionale 1975. En Italia la Ley 47 sobre *stampa* -del 8 de febrero de 1948, modificada por la Ley 416 del 5 de agosto de 1981- establece y regula el derecho de réplica (*risposte e rettifiche*).

32 57 BverfGE 295 (1981). El caso puede encontrarse en Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 409-13, New York, 1989. En Alemania, el derecho de contraexposición (*Gegenan-stellung*) es interpretado como un modo de protección de la persona y como una manera de garantizar el derecho a la defensa. Véase H.

Por su parte, la doctrina española tampoco ha dudado en permitir la intervención legislativa con miras a corregir las deficiencias que el libre mercado impone en la libertad de expresión. En este sentido, Sánchez ha afirmado que:

“...Las circunstancias económicas predominantes no son favorables para que florezca la libertad de expresión; por el contrario, corre el riesgo de verse mermada como consecuencia de la aparición de poderosos monopolios o empresas en el ámbito de los medios de comunicación cuya finalidad es exclusivamente el beneficio. En un universo de competencia feroz, es muy posible que las voces discrepantes se vean sofocadas y que el pluralismo se convierta en una farsa. Si se desea evitar que esto ocurra es necesario arbitrar medidas legislativas que, sin mengua de la libertad de expresión, eliminen aquel riesgo. A mi juicio, la propiedad privada y la libertad de empresa deben subordinarse a la libertad de expresión. Una democracia sana, hoy por hoy, requiere una prensa escrita, una radio y una televisión independiente e íntegras; independientes del poder político y, también, de los grupos privados económicamente omnipotentes para los que la información constituya una actividad adicional al propósito lucrativo central”³³.

En Inglaterra la réplica o rectificación se tramita ante el *Press Council*, organismo creado en 1953 como consecuencia de las recomendaciones elaboradas por una Comisión Real. El *Press Council* tiene como finalidad, según indican Bianchi y Gullco, proteger la libertad de prensa y mantener altos estándares profesionales en los reportajes periodísticos. Este organismo ha producido un considerable número de opiniones referidas a la procedencia del derecho de réplica. Según estas opiniones, el derecho de réplica debe ser otorgado a las personas u organizaciones que son atacadas directamente a través de informaciones fácticas y no para contestar meras opiniones. También es importante destacar que las recomendaciones del *Press Council* carecen, en principio, de fuerza vinculante para los medios de comunicación³⁴.

De allí, que con todos estos argumentos contrapuestos no resulte fácil afirmar -al menos con una perspectiva universal- que el derecho de réplica

Weitnauer, *Problèmes de droit civil relatifs à la protection de la personnalité*, citado por Pierre Kayser, *La protection de la vie privée*, París, 1984, pág. 85.

33 Santiago Sánchez González, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 133. El artículo 20.3 de la propia Constitución española establece que “La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”. Como vimos, la Ley española N^o 841 del 27 de marzo de 1984 regula este derecho de rectificación.

34 Erick Barendt, *Freedom of Speech*, Clarendon Press, Oxford, 1996, citado por Enrique Tomás Bianchi y Hernán Víctor Gullco, *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, Editorial Platense, La Plata, 1997.

garantiza, por sí solo, un mayor acceso a la información o mayor diversidad en la divulgación de la misma. Existe la creencia, al menos en los Estados Unidos, de que esta doctrina más bien puede restringir la cobertura de asuntos importantes y controversiales, debido al alto costo que representa para los medios de comunicación. En dicho país la solución parece dejarse en manos del libre mercado, el cual -según entiende la doctrina jurisprudencial y administrativa- puede garantizar más efectivamente y sin costo alguno la libre divulgación de todas las versiones informativas³⁵.

IV. ALCANCE Y CONTENIDO DEL DERECHO DE RÉPLICA Y RECTIFICACIÓN.

Si algo queremos hacer ver con el Capítulo anterior es el hecho de que el derecho de réplica y rectificación no ha sido considerado siempre como una forma de garantizar la libertad de expresión, pues si bien permitiría el acceso a los medios de comunicación de personas que han sido afectadas por determinadas informaciones, no es menos cierto que el uso ilimitado (abuso) de esta institución podría repercutir notablemente sobre los medios de comunicación, lesionando el derecho de libertad de prensa, toda vez que éstos podrían perder el control editorial de sus expresiones, prefiriendo más bien mantenerse alejados de la cobertura de asuntos polémicos que los lleven a tener que garantizar constantemente el acceso de personas ajenas al medio. Con este resultado (*chilling effect*) perdería toda la comunidad y se reduciría notablemente el mercado de las ideas.

Por eso debe tenerse bien presente estas consideraciones, sobre todo a la hora de delimitar el alcance y contenido de este derecho fundamental. Creemos que no puede descalificarse ligeramente el análisis que ha realiza-

35 Debe señalarse que el resultado de las decisiones administrativas y jurisprudenciales norteamericanas vino precedida de un riguroso análisis del mercado de las telecomunicaciones. No puede pasarse por alto, para sólo nombrar algunas características de este copioso mercado, que en los Estados Unidos más del 50% de la población tiene acceso a la televisión por cable; existen aproximadamente 11.000 sistemas de cable a lo largo del país. Y, dentro de la programación por cable existen canales que transmiten 24 horas al día noticias (CNN), otros que transmiten 24 horas al día debates sobre asuntos públicos (C-SPAN), bien sea en el Congreso, en los órganos del gobierno o en los distintos tribunales de justicia. Existía además, para principios de los años 80, aproximadamente 10.000 estaciones comerciales y educativas de radio y más de 1.700 periódicos. Es decir, se puede decir que el mercado norteamericano, al menos de las telecomunicaciones, garantiza una significativa cobertura de asuntos importantes -que no necesariamente son los más comerciales- y de asuntos que interesan a las comunidades locales. Creemos que difícilmente en nuestro país se podría llegar a las conclusiones a que han llegado los tribunales y las agencias administrativas norteamericanas, si tomamos en cuenta el mercado actual del negocio de las telecomunicaciones.

do la doctrina y jurisprudencia estadounidense sobre la utilidad del derecho de réplica, sobre todo porque ha venido precedido de un amplio debate y sobre todo de un estudio práctico y pormenorizado de las consecuencias reales de la implantación de la *fairness doctrine*. Ese país siempre ha manifestado una preocupación inusual –y hasta exagerada para algunos– por el derecho a la libertad de expresión, tratando de erradicar todos los mecanismos directos o indirectos que puedan coartar o limitar este derecho fundamental. Quizás una de las citas jurisprudenciales más utilizadas para evidenciar esta gran preocupación por la protección efectiva de la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense la encontramos en las famosas palabras de Justice Brandeis, las cuales resumen brillantemente el ideal constituyente de ese país:

“Los que conquistaron nuestra independencia creían que la meta final del Estado era hacer hombres libres para desarrollar sus facultades, y que las fuerzas de la deliberación prevalecerían sobre la arbitrariedad en su gobierno. Valoraron la libertad como fin y como medio. Creyeron que la libertad era el secreto de la felicidad, y el valor, el secreto de la libertad. Creyeron que la libertad de pensar como se quiera y de hablar como se piense son medios indispensables para descubrir y difundir la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión la discusión sería vana; que con ellas, la discusión proporciona normalmente protección adecuada frente a la diseminación de ideas nocivas; que la amenaza mayor para la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que éste debería ser un principio fundamental del gobierno americano. Los que conquistaron nuestra independencia reconocieron los riesgos a los que están sometidas todas las instituciones humanas. Pero sabían que no es posible asegurar el orden por el mero temor al castigo de su infracción; que es arriesgado desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo alimenta la represión; que la represión alimenta el odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el camino hacia la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente las pretendidas afrentas y los remedios que se propongan; y que el tratamiento apropiado para los malos consejos es -dar o recibir- buenos consejos. Su confianza en el poder de la razón en la discusión pública les llevó eludir el silencio impuesto por la ley -el argumento de la fuerza en su peor forma-. Reconociendo las tiranías ocasionales de mayorías en el gobierno, reformaron la Constitución a fin de garantizar las libertades de expresión y reunión”³⁶.

Ahora bien, por otro lado no cabe la menor duda de que la utilidad del derecho de réplica en los Estados Unidos puede ser menor si tomamos en cuenta el amplio número de canales y alternativas de que allí se dispone para transmitir las distintas versiones de los asuntos importantes, y por eso la rectificación puede jugar un papel imprescindible en ordenamientos jurídicos que no disponen de un mercado suficientemente amplio en el negocio

36 *Whitney v. California* 274 US 357, 375-76 (1927).

de la prensa escrita y las telecomunicaciones. A todo evento, si bien en los Estados Unidos el tema del derecho de réplica es un tema de política pública, que puede depender del mercado de las telecomunicaciones y de las distintas posiciones asumidas por los órganos administrativos o tribunales de turno, en nuestro caso ya el ordenamiento jurídico se encuentra vinculado tanto por Convención Americana sobre Derechos Humanos como por nuestra propia Constitución.

Sin embargo, el hecho de haberse consagrado en nuestra Constitución el derecho de réplica y rectificación no significa que ello se haya hecho en forma ilimitada, pues al igual que la mayoría los derechos fundamentales, éste puede ser regulado y restringido por razones de interés público y, principalmente, para evitar colisiones con otros derechos fundamentales, como podría ser el propio derecho a la libertad de expresión, el derecho de propiedad, el derecho al honor y a la reputación de las personas.

En efecto, el ejercicio de un derecho constitucional puede dar lugar a colisiones con otros derechos de igual rango, por lo que estos conflictos habrá que resolverlos en cada caso concreto tratando de salvar en la medida de lo posible el contenido esencial de cada derecho, atendiendo a los principios de proporcionalidad y justa adecuación de la restricción. Pero adicionalmente, en el caso del derecho de réplica y rectificación hay que tomar una consideración adicional, y es que como hemos visto, la mala utilización de este derecho puede implicar una restricción directa o indirecta en uno de los derechos más básicos y elementales de toda sociedad democrática, esto es, la libertad de expresión. Por ello, se requiere de una cautela y prudencia adicional para evitar que las réplicas y rectificaciones se conviertan en formas indirecta de censura o en mecanismos que permitan coartar, a veces en forma subrepticia, la libre disposición de cuestionar las actuaciones u opiniones de los funcionarios de gobierno. Quizás por ello, la jurisprudencia española –para no quedarnos únicamente en el caso estadounidense– no ha dudado en destacar la posición preferente del derecho fundamental a la libertad de expresión frente a otras garantías de igual jerarquía, como el honor y la reputación³⁷.

Advertida y justificada la prudencia en la implantación del derecho de réplica y rectificación³⁸, nos queda revisar cuáles serían las principales

37 Para el análisis de esta jurisprudencia y de sus críticas puede revisarse el trabajo de Jesús González Pérez, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993.

38 No pretendemos agotar en estas líneas las justificaciones que la doctrina y jurisprudencia más calificada ha destacado en relación con la necesidad de proteger al máximo posible –sin que ello implique un desconocimiento de otras garantías elementales– el derecho a la libertad de expresión. Ello implicaría una desviación del objeto principal de estos comentarios. Por eso, no podemos hacer otra cosa que remitir al lector interesado a unos excelentes

precauciones que nuestra legislación y jurisprudencia deberían considerar para precisar el verdadero contenido y alcance de este derecho fundamental.

4.1. *La réplica y rectificación debería referirse únicamente a opiniones y no a informaciones.*

Como hemos adelantado ya, la literalidad del artículo 58 de la Constitución no puede llevar al absurdo de admitir la posibilidad de ejercer el derecho de réplica frente a opiniones emitidas en los distintos medios de comunicación. Ya hemos expuesto que somos del criterio de que una interpretación literal de la norma que olvide el conflicto permanente del derecho a réplica frente a la libertad de expresión, permitiría consolidar, tarde o temprano, un mecanismo bastante contundente de censura o autocensura para los medios de comunicación. Pero además, nos permitimos exponer varios argumentos que permiten claramente evidenciar que los términos constitucionales réplica y rectificación pueden ser utilizados sólo frente a informaciones.

En efecto, de permitirse abiertamente la posibilidad de acceder a los medios de comunicación para exponer réplicas o respuestas a las distintas ideas u opiniones expresadas por los periodistas, entrevistados y demás expositores se crearía, sin duda alguna, el efecto disuasivo de evitar transmisiones o publicaciones de asuntos polémicos. Además, sería interminable la cadena de réplicas que se podrían generar si se admitiese la posibilidad de responder ante opiniones de las que se difiere o de las que se consideren atentatorias contra el derecho al honor o la reputación. Sencillamente los medios perderían el control editorial de sus espacios y optarían seguramente por la programación de inocuos y superficiales asuntos.

Y además, no estaríamos en presencia de un verdadero Estado democrático si no somos capaces de soportar y tolerar las opiniones disidentes con las que no estamos de acuerdo o las que consideramos ofensivas para nuestros valores. No debería permitirse que el Estado, a través de los tribunales de justicia, esté ordenando y dirigiendo la forma como deben contestarse las opiniones que entran en el mercado de las ideas, pues ello crearía un sistema perverso de intervención estatal en los medios de comunicación y a la larga no cabe duda de que los medios perderían interés en dar cobertura a los asuntos polémicos o controversiales.

tes trabajos relacionados con estos temas, además de los otros que se mencionan en las anteriores notas bibliográficas. Así, puede consultarse John Stuart Mill, *On liberty*, London Pres (1859); Alan Dershowitz, *Contrary to Public Opinion*, Berkley Books, 1994; William Van Alstyne, *First Amendment, Cases and Materials*, Segunda edición, University Casebook Series, 1995; y Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law Principles and Policies*, Aspen Law & Business, 1997.

No es casualidad que la mayoría –por no decir todos- los ordenamientos jurídicos se han cuidado de tan peligrosa tentación³⁹. Así, por ejemplo, el *Press Council* británico se ha cansado de exponer que la réplica no es para responder a opiniones adversas o a artículos con los que se está en desacuerdo o que se consideran no equilibrados⁴⁰; en Argentina la Corte Suprema de la Nación ha destacado que “no parece desprenderse de las normas cuya aplicación pretende el recurrente, que el pretendido derecho de réplica sea el medio idóneo para un debate entre personas que sustentan ideas diferentes, sino que requeriría una ofensa o ataque a la personalidad del sujeto que pretende ejercerlo, la que no se da en la especie”⁴¹.

En España son innumerables los fallos del Tribunal Constitucional y del resto de los tribunales de instancia que se han referido al tema de la rectificación, donde se ha admitido la aplicabilidad de este derecho únicamente al caso de las informaciones y no de las simples opiniones. Así, por ejemplo, en el conocido fallo 168/1986 del Tribunal Constitucional (caso *Revista Tiempo*), se afirmó categóricamente que este derecho fundamental quedaba circunscrito a los hechos y no comprendía lo relativo a las opiniones. Y en otra decisión, que si bien no se refería al tema de la rectificación, sino al alcance del derecho a la libertad de expresión y su posible colisión con el derecho al honor, se llegó a precisar lo siguiente:

“El Tribunal ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 C.E. según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicio y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de los hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indubitablemente injuriosas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas; campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte el ámbito de la libertad ideológica garantizada por el art. 16.1 C.E., según señalamos en nuestra STC 20/1990. En este sentido, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, y, por tanto, respecto del ejercicio de la libertad de expresión no opera el límite interno de

39 Ya hemos mencionado como la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere únicamente al derecho de rectificación o respuesta (artículo 14), lo que parece una forma clara y precisa de evitar que se utilice este mecanismo para castrar las opiniones y el libre debate de los asuntos de interés.

40 Erick Barendt, *Freedom of Speech*, op. cit., pág. 99.

41 Voto del juez Bellucio en el fallo *Ekmekdjian c. Neustadt*, del 1/12/88. Véase también Ramón Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

DERECHO DE RÉPLICA Y RECTIFICACIÓN

veracidad (por todas, STC 107/1988). Por el contrario, cuando se trate de comunicación informativa de hechos, no de opiniones, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios o evaluaciones personales o subjetivas⁴².

En el mismo sentido, la Ley de Prensa de Austria señala, en su artículo 6, que “las informaciones fácticas susceptibles de respuesta son datos que, por su naturaleza, pueden ser examinados en cuanto a su corrección e integridad, y cuya declaración sustancial no está constituida meramente por la manifestación de una opinión personal⁴³. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha acogido esta clásica distinción entre hechos y juicios de valor, señalando que los primeros son susceptibles de prueba pero “los segundos no se prestan a una demostración de su exactitud⁴⁴.”

Y para no abusar de las citas de la jurisprudencia estadounidense nos limitaremos a destacar las célebres palabras expuestas en el fallo *Gertz v. Welch*, donde se destacó que:

“Bajo la Primera Enmienda no hay cosa semejante a una idea falsa. Por más perniciososa que pueda parecer una opinión, nosotros no dependemos de la conciencia de los jueces y jurados para valorar su corrección, sino de la competencia de otras ideas⁴⁵.”

Y esta es quizás la idea central que se encuentra detrás de esta universal distinción entre informaciones y opiniones, y los distintos estándares de protección en uno u otro caso, y es que en una sociedad abierta la corrección de opiniones se valora en el mercado de las ideas, mas no en los tribunales

42 Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1ª) de 11 de noviembre de 1991.

43 La cita puede verse en Eduardo Zannoni y Beatriz Biscaro, *La responsabilidad de los medios de prensa*, *op cit.* pág. 217. Estos mismos autores recuerdan una excelente anécdota muy pintoresca que permite reseñar lo inconveniente de admitir réplicas para simples opiniones. En efecto, se trata del ejemplo puesto por Jacques Vernet en el Gran Consejo de estado de Ginebra, al discutirse el proyecto Benson sobre derecho de réplica: “Tomo un ejemplo. Un diario dice esta tarde: ‘El señor diputado Fulano de Tal es un imbécil’, ¡Bien!... Si se trata de un diario, de acuerdo con vuestra mecánica tal cual se prevé en el proyecto de ley, dentro de las veinticuatro horas el interesado va a exigir el derecho de respuesta. Supongamos que éste funcione, que el periódico lo admita. Dentro de otras veinticuatro horas el diario publica la respuesta. Veinticuatro horas después la población de Ginebra, en su totalidad, sabe que el diputado Fulano de Tal, desde su punto de vista, no es un imbécil”, *op cit.* pág. 217.

44 Sentencia de 3/7/1986, caso *Lingens*.

45 418 U.S. 323 (1974). En el mismo sentido, en la famosa decisión *New York Times v. Sullivan*, Justice Brennan expresó que “las conclusiones correctas son más probablemente alcanzadas por una multitud de voces que mediante cualquier tipo de selección hecha por una autoridad judicial. Para muchos, esto es y será siempre una insensatez; pero todos nosotros estamos embarcados en ella”.

de justicia. Como lo expresa Coderch, “sin distinguir entre hechos y opiniones no cabe construir una sociedad abierta, es decir, una que esté basada en la información veraz y en el debate libre...Las personas libres deben poder conocer los hechos, pero tienen que soportar la apreciación o valoración que de ellos haga quien piensa de manera diferente. Uno de los mejores servicios que el jurista puede prestar a la sociedad española y a sus medios de información es luchar por la afirmación de la distinción señalada...Los partidarios de la persecución de las opiniones lo son también de la edificación de una sociedad compuesta por hombres inmaduros, movidos por el prejuicio y la irracionalidad”⁴⁶. Sencillamente mejor no se puede decir.

Ahora bien, lo que sí es importante destacar es que muchas veces no es tan sencillo diferenciar las informaciones de las meras opiniones, pero para ello habrá que acudir a cada caso concreto a fin de verificar si se trata de la aportación de datos fácticos o de simples pareceres. Así, por ejemplo, pudiera suceder que un medio difunda una opinión atribuida a alguien. Si luego resulta que esa opinión en realidad no fue emitida por la persona señalada aquí la réplica o rectificación versará no sobre la opinión, mas sí sobre la información fáctica de su verdadera procedencia.

Pero en suma, la distinción aquí planteada ha sido considerada como una de las posiciones más consolidadas en la doctrina y jurisprudencia foránea. Las razones creemos que ya han sido expuestas, por eso nos inclinamos por rechazar –a pesar de la literalidad del artículo 58 de la Constitución- la posibilidad de que el derecho de réplica opere frente a opiniones, lo contrario sería abrir las puertas a la mutilación de ideas y a la intolerancia. Esta vital distinción, en definitiva, evitaría que los medios puedan ser manipulados y que los sectores de poder impidan el libre debate de los asuntos que a todos nos conciernen, lo que constituye el pilar fundamental de todo Estado democrático.

4.2. *El solicitante de la réplica y rectificación tiene que haber sido al menos mencionado y afectado por la información difundida.*

En efecto, la información tiene necesariamente que afectar la intimidad, dignidad de una persona o al menos otro de sus derechos fundamentales, pues –como hemos visto- la simple divulgación de opiniones no genera, *per se*, derecho a réplica. Es necesario que de las referencias o informaciones se pueda predicar objetiva y fácticamente una inexactitud, que le cause agravio al aludido⁴⁷. Es en esta determinación donde debe prestar mayor

46 Pablo Salvador Coderch, (Director), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

47 Véase, Eduardo Zannoni y Beatriz Biscaro, *La responsabilidad de los medios de prensa*, op. cit. págs. 218 y ss.

análisis el juez constitucional, a los fines de evitar la prostitución de esta institución en detrimento de la libertad de expresión.

Es importante reiterar que el replicante debe al menos haber sido aludido en la información divulgada, pues no basta con que se haya afectado su dignidad, sino que es necesario que le produzca una lesión a su honor o fama, por la divulgación de su nombre o de algún dato incorrecto. Con esto lo que se persigue es evitar la réplica compulsiva ante cualquier noticia general que pueda causar impacto moral a cualquier individuo o persona jurídica. Ya sabemos que en todo puede el ser humano depositar su afecto, pero esta constatación no puede justificar la artificiosa utilización de un instrumento -la réplica- que se concibe como un remedio singular para situaciones bien determinadas, en las que lo específico de cada individualidad resulta comprometido. De allí, que si lo estricta y directamente personal no ha sido puesto en juego, el interesado deberá obtener satisfacción por otros medios⁴⁸.

También debe señalarse que para aceptar la legitimación del accionante no será necesaria la prueba fehaciente de la verdad por parte de quien pide la réplica, pues con el derecho de réplica no se busca la determinación precisa de la verdad, sino la divulgación de versiones diferentes de los hechos. En este sentido, expresaba Bielsa que la réplica se funda en el derecho a la verdad, pero no porque esa verdad la tenga el que responde, sino porque presentando éste su versión de los hechos, permite una confrontación de los elementos de juicio que facilitan acceder a la verdad acerca de los hechos⁴⁹. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español al señalar lo siguiente:

“Que los órganos judiciales competentes pueden y deban realizar este tipo de control al enjuiciar la demanda de rectificación y a la vista, en su caso, del resultado de la prueba sumaria que se practique en el juicio no significa, sin embargo, que tengan la obligación de indagar exhaustivamente la verdad en el proceso verbal en el que se tutela el derecho de rectificación, ya que, aparte de que la sumariedad del proceso no lo permite, tampoco es una evidencia que se deduzca de lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Constitución, tal y como queda razonado”⁵⁰.

Además, debe recordarse que no sólo la información falsa puede ser objeto de réplica, pues también las informaciones ciertas o verdaderas, pero

48 Véase el voto disidente de los señores ministros Petracchi y Moliné en el caso argentino tantas veces citado *Ekmekdjian M. c. Sofovich G. y otros*.

49 Rafael Bielsa, *Estudios de Derecho Público*, t. III, Arayú, 1952, pág. 751.

50 Sentencia del 22 de diciembre de 1986 en *Jurisprudencia Constitucional*, BOE, tomo XVI, pp. 588-597.

privadas y violatorias del derecho al honor, reputación o fama, pueden dar lugar al replicato compulsivo. También las informaciones incompletas y que desnaturalizan el sentido de la misma pueden ser objeto de respuesta.

Por otra parte, uno de los problemas que pueden presentarse en materia de legitimación, es el referente a los llamados intereses colectivos. Sin ánimos de entrar aquí en detalles sobre esta complicada materia, conviene necesariamente hacer alguna referencia sobre este punto, en virtud de que las informaciones divulgadas a través de los medios de comunicación no solamente pueden afectar a un individuo o a una persona jurídica, sino también a una colectividad determinada de sujetos⁵¹.

Y los problemas se presentan cuando intentamos determinar *quién* debe tener el acceso a la réplica cuando es un colectivo de individuos quienes se han visto perjudicados por la información -por ejemplo, los miembros de un determinado colegio profesional; los habitantes de una región; los miembros de una determinada religión; etc-. Además, surge la duda de *cuántas* personas pueden tener acceso a la réplica cuando ha sido un grupo indeterminado de individuos los que se han visto perjudicados por la información.

Es obvio que de permitirse que cada uno de los miembros de un colectivo afectado por una noticia o información realice o ejerza su derecho a réplica, se colocaría a los medios de comunicación en una situación bastante complicada, pues comenzaría un ciclo multiplicador de respuestas interminable, lo que indudablemente produciría el efecto disuasivo (*chilling effect*) de publicar asuntos controversiales que puedan perjudicar a miembros de una determinada colectividad⁵².

De tal forma, que cuando un determinado colectivo se vea afectado por una información errada o agravante deberá producirse una sola réplica y ésta debería presentarla el o los que ejerzan mayor representación del gru-

51 No vamos a entrar en el tema de los intereses difusos, en virtud de que su complejidad amerita un tratamiento separado. Baste sólo señalar que la dificultad en este tema radica en que la información difusa parece no concretarse en algún individuo o grupo de individuos. Y en nuestro criterio, la réplica debería estar limitada a los casos donde los destinatarios de la información son mencionados y afectados en su honor, reputación o fama.

52 Se podrá afirmar que si la información o noticia va a causar un perjuicio a una colectividad es mejor que no salga, y en caso de salir, el medio debería asumir su responsabilidad. Sin embargo, creemos que este argumento causaría más restricción de la necesaria, pues los límites precisos de qué información es o no perjudicial sólo los conoce el juez que va a decidir del amparo constitucional. Por tanto, los medios, para evitar cualquier inconveniente, sencillamente se mantendrían alejados de los temas controversiales, con lo cual el público se vería privado de un gran número de información. Precisamente lo interesante de la libertad de expresión es que a veces tenemos que soportar lo que no nos gustaría escuchar, a los efectos de poder disfrutar de un mercado de ideas mucho más generoso.

po⁵³. Esto, incluso, facultaría al juez de amparo constitucional a rechazar la legitimación para ejercer el derecho de réplica de una persona u organización que no represente lo suficientemente al colectivo⁵⁴. La idea es, por tanto, que exista una sola respuesta y que esta contenga los argumentos e intereses de la mayor parte del colectivo.

Un ejemplo jurisprudencial bastante significativo y controversial ocurrió en Argentina -en el *Caso Ekmekdjian c. Sofovich*, ya citado-, donde el recurrente, en su carácter de católico militante, se sintió agraviado en lo profundo de su personalidad y de sus convicciones por las expresiones vertidas sobre Jesucristo y la Virgen María, por un periodista del canal 2 de la televisión argentina⁵⁵. En este caso, la Suprema Corte de la Nación aceptó la legitimación del señor Miguel Ekmekdjian, afirmando que éste había sufrido una ofensa de gravedad sustancial, vinculada a los sentimientos religiosos que afectaron lo más profundo de su personalidad por su conexión con su sistema de creencias.

La Corte consideró que con la respuesta del señor Ekmekdjian bastaba para proteger los sentimientos de todo el colectivo de católicos que pudieron verse afectados por la información difundida. De allí, que se le ordenó al canal de televisión dar lectura de una carta realizada por el actor en uno de los siguientes programas de televisión.

Sin embargo, esta sentencia argentina la hemos traído a colación para resaltar la protección del interés colectivo del derecho de réplica. Pero el caso es bastante controversial, al punto de que compartimos la posición mayoritaria de la doctrina de ese país, en el sentido de que no era procedente la réplica al no haberse aludido en el programa al accionante, pues más que un interés colectivo la decisión tutela un interés difuso⁵⁶.

53 Lógicamente, también aquí el juez deberá analizar -y hasta con más detalle- los requisitos de procedencia de la réplica, esto es, el impacto en la intimidad de los afectados.

54 Es bastante ilustrativa, en este sentido, la normativa norteamericana que regula las *class actions* o acciones colectivas -*Federal Rule 23*-, donde se le da facultades al juez que conoce de la acción a calificar la cualidad de los accionantes, al punto de poder rechazar la acción cuando no se garantiza la representación de todos los miembros de la clase. Incluso, el juez puede calificar hasta la idoneidad de los abogados que van a ejercer la acción colectiva, para que no haya debilidades y toda la clase sea dignamente representada. Sobre este fascinante tema puede consultarse, Yeazell, *From Group Litigation to Class Action: Part I: The Industrialization of Group Litigation*, 27 U.C.L.A. L. Rev., 514 (1980).

55 *Caso Ekmekdjian M. c. Sofovich G. y otros*, La Ley, 1992-C-543.

56 Bianchi y Gullco han señalado que con los alcances de la doctrina sentada en el fallo *Ekmekdjian*, "los límites del instituto (de la réplica) se expanden tanto que -lejos de beneficiarlo- se hace difícil su justificación o defensa". Enrique Tomás Bianchi, y Hernán Víctor Gullco, *El Derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, *op. cit.* También, para la crítica de la sentencia en cuestión puede consultarse Carlos E. Colautti, *Más allá del derecho de respuesta: el derecho a contraopinar*, en La Ley 1992-D-907.

Tal y como ya hemos adelantado, nos inclinamos por una posición más restringida del derecho de réplica, al igual que lo hace la disidencia del fallo citado y al igual que parece hacerlo nuestra Sala Constitucional en la sentencia *Elías Santana*, pues de admitirse el acceso gratuito a los medios de comunicación con el único propósito de refutar los agravios a las figuras o creencias a las que los individuos se adhieren, es razonable prever que aparecerán innumerables replicadores, más o menos autorizados, para intentar dar sus versiones a una multiplicidad de aspectos de caudal informativo que -en sentido psicológico más no jurídico- los afectan. Imagínese tan sólo el impacto que puede causar una posición tan amplia del derecho de réplica en momentos de campaña política.

De abrirse la legitimación de la réplica a cualquier individuo que se sienta afectado por afirmaciones generales que considere ofensivas a sus creencias, estaríamos causando ese efecto disuasivo que llevó a la jurisprudencia americana a eliminar el derecho de réplica⁵⁷. Como señalaron los jueces disidentes en el caso *Ekmekdjian*, ante una réplica como la propuesta por la mayoría de la Corte, “la realidad desmentiría a la utopía: no habría muchas voces, habría silencio”⁵⁸.

4.3. *El derecho de réplica y rectificación no puede ser igual para las personas públicas o notorias.*

Estrechamente ligado al tema de la legitimación en el derecho de réplica y rectificación, encontramos el problema de la posibilidad de conceder derecho de respuesta a los funcionarios del gobierno o a las figuras públicas o reconocidas. Ya hemos dicho que el origen mismo de la réplica estuvo ligado a la intención de contrarrestar las críticas periodísticas desfavorables a las imágenes populares, sin embargo, hoy en día existe un consenso universal en sostener que las personas públicas o reconocidas no pueden tener el mismo nivel de protección en lo referente al derecho a la réplica que el ciudadano común.

57 Resultan aplicables, *mutatis mutandi*, las consideraciones del Tribunal Supremo español, en la causa en la cual una superviviente de un campo de concentración reclamó daños y perjuicios contra un ex-oficial nazi, a raíz de las declaraciones realizadas por éste en la revista “Tiempo” y en la “Televisión Española”. El Tribunal negó la legitimación de la demandante “aun comprendiendo el impacto moral, la indignación e incluso irritación que hayan podido producir a quienes como la actora padecieron personalmente los desatinos de una época como a la que se refiere la demanda”. El Tribunal consideró que las declaraciones se refirieron a hechos que hoy son historia y por ende protegidas por el derecho a la libertad de expresión. Sus declaraciones “desafortunadas como se ha dicho mas no ofensivas para el honor de ninguna persona”, no podían dar origen a condena alguna. STS, 5 de diciembre de 1989 en Anuario de Derecho Civil, Centro de Publicaciones, Madrid, t. XLIII, fascículo IV, año 1990, pág. 1337.

58 Voto disidente de los señores ministros Petracchi y Moliné en el *Caso Ekmekdjian M. c. Sofovich G. y otros*.

De hecho, todo el tratamiento de la injuria y difamación en los Estados Unidos y en muchos otros países de Derecho Continental gira en torno a la diferenciación del sujeto activo, es decir, dependerá de si se trata de figuras públicas o privadas. Y para cada uno de estos sujetos existe un estándar distinto para reconocer y sancionar los delitos de injuria o difamación y, en general, para resolver las controversias que se presenten en asuntos relacionados con la libertad de expresión. Esta doctrina que ha sido creada y perfeccionada por la jurisprudencia estadounidense ha sido acogida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁹ y por la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁰.

En efecto, en la famosa decisión recaída en el *Caso New York Times v. Sullivan*⁶¹ se estableció una clara diferenciación de reglas en las demandas por difamación e injuria, dependiendo de la identidad del accionante y de la naturaleza del asunto debatido. En dicho caso, el señor L.B. Sullivan, Comisionado de Montgomery en el Estado de Alabama, demandó al periódico *New York Times* y a otros cuatro individuos, por un anuncio publicado donde se criticaba la forma como la policía de dicha ciudad estaba tratando a los defensores de los derechos humanos. Sullivan alegaba que en el anuncio aparecían una gran cantidad de afirmaciones falsas. Ante estos hechos, el tribunal que conoció en primera instancia condenó al periódico al pago de 500.000 dólares.

Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó dicho fallo considerando que la sentencia atentaba contra el profundo compromiso nacional de que el debate de los asuntos públicos debía ser ilimitado, robusto y abierto, y podía incluir vehementes, casuísticos y hasta implacenteros ataques contra el gobierno y sus empleados oficiales. La Corte explicó que la crítica del gobierno y sus funcionarios estaba en el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión. El hecho de que algunas de las informaciones eran falsas no era suficiente para negar la libertad de expresión. La Corte igualmente recalcó que las falsas informaciones son inevitables en el libre debate y deben ser protegidas si se quiere que la libertad de expresión tenga ese espacio respiratorio (*breathing space*) que necesita para subsistir.

En consecuencia, la Corte concluyó diciendo que para que un empleado público -de la categoría del demandante- pudiera demandar daños y perjuicios por informaciones falsas debía comprobar con evidencias claras y convincentes que dichas informaciones no eran ciertas y que habían sido publicadas con *actual malice*, es decir, con conocimiento de que los hechos

59 Sentencia de 3/7/1986, caso *Lingens*.

60 Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Informe Anual 1994, 88º Período de Sesiones.

61 376 U.S. 254 (1964)

eran falsos o con negligencia manifiesta en la determinación de la veracidad de las afirmaciones. Por tanto, se le asigna a la figura pública la pesada carga de la prueba de demostrar la intención maliciosa del sujeto que publicó la información.

Posteriormente, la jurisprudencia norteamericana ha venido desarrollando y creando estándares diferentes para cuatro tipos de casos o situaciones: funcionarios públicos, figuras públicas, personas privadas en asuntos que conciernen al interés público y personas privadas en asuntos que no tienen interés público. Para cada uno de estos casos habrá un estándar más riguroso o menos riguroso, a los efectos de poder recobrar daños por difamación e injuria⁶².

El razonamiento principal que ha sustentado esta distinción es básicamente la necesidad de que el debate de los asuntos públicos e importantes se lleve de la forma más desinhibida posible, lo que implica tener que sacrificar el alcance de los derechos constitucionales relacionados con la libertad de expresión de las personas públicas. Como afirma Novoa Monreal “todos los autores que se ocupan del derecho a la vida privada conceden la importancia y destinan amplias explicaciones a la situación de ciertas personas que por razón de las funciones públicas que desempeñan o por las actividades sociales que realizan o por cualquier otra causa, se convierten en objeto de atención para la mayor parte de los miembros del cuerpo social. Se trata, conforme alas palabras de G. Bovio, de personas que entran en una zona más iluminada que el común de las gentes, por algún motivo especial. Y más adelante continua el mismo autor señalando que de las personas públicas se produce “un efecto reductor del ámbito de su privacidad”⁶³.

Igualmente, en la Conferencia de Juristas Nórdicos se llegó a la misma conclusión que había llegado unos años antes la Suprema Corte de los Estados Unidos con el *Caso New York Times v. Sullivan*, señalándose en las personas notorias habrá un ámbito más amplio iluminado y de interés para los demás, que podrá abarcar hasta aspectos que para el común de los hombres claramente integran su intimidad. Es natural que así sea; en gobernantes, dirigentes políticos y otras personas notorias y, siendo así, los demás ciudadanos tienen el derecho de estar informados de ellos y la prensa tiene el deber de darles la noticia correspondiente⁶⁴.

62 Para un estudio de esta fascinante jurisprudencia puede verse Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law Principles and Policies*, Aspen Law & Business, 1997, págs. 850 y ss. También Pablo Salvador Coderch, (Director), *El mercado de las ideas*, recoge un excelente resumen de esta doctrina jurisprudencial.

63 Eduardo Novoa Monreal, *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*, Siglo 21 Editores, México, 1989, pp 204 y ss.

64 Las conclusiones de esta Conferencia están publicadas en la obra *Imperio del derecho y derechos humanos. Principios y definiciones*, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra,

Sobre este particular, el Tribunal Supremo español ha destacado lo siguiente:

“La crítica, como expresión de una opinión, es la servidumbre que ha de soportar en una sociedad de nuestro estadio cultural quien figure catalogado en el rol de las figuras importantes.

Así se ha podido decir por el Tribunal Constitucional que el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 de la Constitución, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, que se debilita proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe sociedad democrática”⁶⁵.

Hay que destacar que la tantas veces mencionada decisión *Caso New York Times v. Sullivan*, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, justificó también esta reducción del alcance del derecho de libertad de expresión de los personajes públicos señalando que, en primer lugar, éstos han asumido sus cargos públicos o sus posiciones importantes de manera voluntaria, de tal manera que les toca también asumir voluntariamente un umbral de tolerancia mayor para soportar las críticas –por fuertes y severas que sean– de sus gestiones y opiniones. En segundo lugar, se considera que los personajes públicos y notorios tienen un nivel de acceso a los medios de comunicación bastante amplio, lo que implica que no puede justificarse mecanismos estatales que lejos de pretender responder a las opiniones que se consideran erróneas o agraviantes, lo que buscan es evitar la divulgación de las mismas. Si el personaje público puede acceder fácilmente a los medios de comunicación, sobre todo a aquellos de jerarquía similar al que transmitió la supuesta agresión, no tiene sentido forzar a los medios a dar réplicas o respuestas –mediante mecanismos judiciales– cuando se dispone de una cómoda accesibilidad a los mismos medios que dieron la versión inicial. Es decir, se trata

1967. Los comentarios de esta Conferencia pueden verse también en la obra de Novoa Monreal citada en la nota anterior.

65 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 7 de mayo de 1990. Esta misma tesis es sostenida, entre otras, por la Corte Federal Constitucional alemana (caso *Schmid-Spiegel*, 1961) y por la Cámara de Apelaciones Civiles argentina (*Caso Vago v. Ediciones La Urraca S.A.*, 1990).

también de limitar la intervención estatal a los casos que realmente lo requieran.

Esta doctrina, lejos de pretender establecer discriminaciones odiosas entre personas públicas y simples particulares, busca proteger el núcleo esencial del derecho de libertad de expresión, tratando de salvaguardar –al extremo– el libre debate de los asuntos que más conciernen al colectivo. En definitiva, lo que se esconde detrás de toda esta jurisprudencia –repetimos, asumida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo– es tratar de proteger al máximo la libertad de expresión, cuando ésta se refiera al debate político o de asuntos de interés público. De allí, que se busca evitar cualquier situación que pueda cohibir a los medios de comunicación en este tipo de informaciones. En definitiva, si se quiere obtener la posibilidad de que existan debates desinhibidos sobre los asuntos importantes y controversiales hay que admitir esta clásica distinción, de lo contrario sería utópico pretender que los medios de comunicación se van a convertir en libres dispensadores de réplicas a todos los ciudadanos.

Por ello, y para ser consecuentes con esta posición, es lógico y necesario que para la doctrina de réplica se utilicen estos estándares propuestos por la jurisprudencia mundial, pues es evidente que en los asuntos del debate político e interés público deben tener mucho cuidado los jueces en no cohibir o coartar la libertad de expresión. Por ello, somos del criterio que ni los altos funcionarios del Estado⁶⁶ ni las figuras públicas o de reconocimiento deberían poder reclamar el derecho de réplica. Ellos dispondrán de otras vías o mecanismos para defenderse, sin que se corra el peligro de incentivar el silencio del debate político. Reconocemos la complejidad de este sistema, pero estamos convencidos de su precisión y justicia.

En todo caso, habrá que estudiar cada caso concreto para verificar el tipo de personaje público que se encuentra involucrado en la noticia o información, el tipo de medio de comunicación que la transmitió y la posibilidad cierta de acceso de este personaje a medios de similar características, pero es claro que para las personas públicas o notorias habrá que aplicar un estándar más riguroso a la hora de concederles derecho de réplica.

4.4. *El derecho de réplica en los distintos medios de comunicación.*

Otra compleja pero importante diferenciación que deberán tomar en cuenta los medios de comunicación y, de ser el caso, los jueces de amparo que conozcan de acciones dirigidas a obtener réplicas o rectificaciones, se refiere al tipo de medio de comunicación que hace pública la información de

66 Obviamente esto no se puede aplicar a cualquier funcionario público, sino sólo a aquellos que tienen posiciones relevantes en los órganos del Poder Público.

la cual se pretende demandar el replicato compulsivo, pues sencillamente no se puede utilizar los mismos estándares para cada uno de los medios de comunicación, toda vez que ello puede conducir a crear doctrinas y posiciones que hagan nugatorio la utilidad de un determinado medio.

Como vimos en el Capítulo III, la jurisprudencia estadounidense supo aplicar reglas distintas, en lo que al derecho de réplica se refiere, para cada medio de comunicación. Incluso, ello no sólo se desprende de las discrepancias surgidas entre las decisiones *Miami Herald* y *Red Lion*, sino que expresamente fue reconocido por la Suprema Corte, cuando en la decisión recaída en el *Caso Reno v. American Civil Liberties Union*⁶⁷ señaló que cada medio iba a examinarse cautelosamente de acuerdo a sus propios atributos, a los efectos de evitar inhibir un nuevo tipo de comunicación con estrictas regulaciones dirigidas a otro tipo de medio de comunicación.

Por ello, durante la vigencia de la doctrina de réplica en los Estados Unidos -*fairness doctrine*- la Suprema Corte utilizó la teoría de la escasez (*scarcity*), según la cual hay pocas frecuencias utilizadas por las emisoras de radio y televisión para muchos interesados en utilizarlas, lo cual justifica la intervención estatal para incrementar las voces que el público puede oír⁶⁸.

Obviamente, no debería existir un mismo criterio para juzgar una acción de amparo que se intente para obtener réplica o rectificación en un periódico universitario que en un canal de televisión. Estos últimos utilizan concesiones del Estado y como tal pueden estar sujetas a restricciones o regulaciones racionales, y dentro de ellas pudiera ubicarse la doctrina de réplica.

En Venezuela, el numeral 28 del artículo 156 de la Constitución y el artículo 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000 determinan que es competencia del Poder Público Nacional el régimen integral de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico. Por tanto, y en palabras de la antigua Corte Suprema, la actividad de las telecomunicaciones -lo que comprende radio y televisión- es un servicio público, en el cual la Administración mantiene, en defensa del interés público, el control, dirección y vigilancia de la concesión; y que la concesionaria acepta al solicitar la concesión⁶⁹.

67 *Reno v. American Civil Liberties Union* S. Ct. 1997 WL 348012 (1997).

68 La Corte ha utilizado el argumento de la escasez -*scarcity*- para justificar también el régimen regulatorio y de concesiones en la radio y televisión. Véase, *National Broadcasting Co. V. United States*, 319 U.S. 190 (1943). Sin embargo, hoy en día la mayor parte de la doctrina ha destacado que el elemento de la escasez ya no es determinante, pues la aparición de nuevas tecnologías -televisión por cable, por satélite y por líneas telefónicas- ha permitido reducir la importancia de los medios que utilizan las frecuencias de propiedad estatal.

69 Véase, sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 11-12-90, caso C.A. *Radio Caracas Televisión*.

Por tanto, la radio y la televisión tradicional se encuentran sujetas a un control administrativo distinto al de la televisión por cable, al de internet⁷⁰, al cine y, obviamente, al de la prensa. Por ello, en cada caso el juez de amparo deberá analizar las características de cada medio, a los efectos de verificar las vías alternas de que se dispone para acceder a la réplica. En efecto, si la información errada o agravante es divulgada por un canal de televisión, difícilmente el o los particulares afectados podrán responder por otras vías alternas, mientras que si la información es difundida a través de un periódico, panfleto universitario o internet quizás se disponga de otro mecanismo alternativo para publicar la respuesta respectiva. El juez deberá ser más riguroso a la hora de conceder el derecho de réplica cuando se trate de empresas que no estén sujetas a regulación alguna, tomando siempre en cuenta cada las particularidades de cada caso⁷¹.

Incluso la idea de la diferenciación de los distintos medios de comunicación parece estar presente en la Convención Americana. En efecto, en el artículo 14, transcrito *supra*, se establece que la “persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión *legalmente reglamentados* y que se dirijan al público en general...”

Esta redacción parece indicar que el derecho de réplica existiría sólo para ciertos medios de comunicación -los legalmente reglamentados- y no para otros medios que carecen de supervisión estatal. Sin embargo, esta dudosa frase no aclara suficientemente la situación y en los documentos prepa-

70 En el *Caso Reno v. American Civil Liberties Union*, citado anteriormente, la Corte Suprema de los Estados Unidos utilizó un estándar riguroso (*strict scrutiny*) para revisar las regulaciones administrativas contenidas en la *Communications Decency Act*, la cual establecía una serie de sanciones penales para casos de publicación de materiales obscenos e indecentes en internet. En consecuencia, la Corte consideró que las regulaciones de dicha ley, dirigidas a restringir los materiales indecentes eran inconstitucionales, pues limitaban las expresiones que las personas adultas podían y querían obtener, cuando existían otras formas de controlar dichas informaciones, como los filtros disponibles (V-chips) para cada computadora. La Corte utilizó la famosa expresión de que no se podía incendiar una casa si lo que se quería era rostizar un cochino, para dar a entender que no se podían exagerar las regulaciones para un tipo de medio de comunicación que no era tan accesible a los niños como la radio o la televisión. Además señaló que, al menos en la internet, no se podía limitar a los adultos a leer sólo lo que está diseñado para niños.

71 Si bien esto deja en manos de cada juez la determinación y extensión del derecho de réplica, no puede olvidarse lo difícil e injusto que resultaría aplicar un mismo criterio -dado por el legislador- para juzgar a medios tan distintos. Cabe recordar las excelentes palabras de Alejandro Nieto, cuando señala que es el juez “el que puede reducir el rigor de la *dura lex* y cortar, utilizando el paño genérico de la ley, un traje personal e individualizado para cada caso. El juez positivista es como el bandolero de Proteo que adaptaba los miembros de sus víctimas -estirándolos o amputándolos- a las medidas fijas de su lecho de tortura. En cambio, es la ley la que debe adaptarse a cada persona, y no a la inversa”. Véase Alejandro Nieto y Tomás Ramón Fernández, *El derecho y el revés, diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 242.

ratorios de la Convención no hay información sobre la intención de la misma. Es más, el único pronunciamiento que existe en el sistema interamericano sobre esta frase rechaza la posibilidad de distinguir entre los medios de comunicación. En efecto, en el voto concurrente del juez Gros Espiell, en la Opinión Consultiva 7-86 se expone que “debe concluirse que con esa expresión se individualiza a todos los medios de difusión que, de una u otra forma, están regulados, por medio de la ley, en el derecho interno de los Estados Partes. No se refiere a una forma específica o concreta de reglamentación, ni puede interpretarse en el sentido de que incluye sólo a los medios de difusión para el funcionamiento de los que la ley exige una autorización, concesión o habilitación previa”⁷².

Sin embargo, entendemos que algún significado debe tener dicha frase, por ello nos atrevemos a refutar la tesis del juez Gros Espiell, considerando que, al menos, esa frase llama la atención sobre el impacto de la réplica en los distintos medios de comunicación, reconociéndose que en los medios que utilizan frecuencias de propiedad estatal se hace imprescindible la réplica como modo de garantizar el acceso de todo ciudadano perjudicado por una información a dichas frecuencias. Quizás el sentido de la frase fue evitar la utilización de la réplica en tribunas donde las respuestas pueden realizarse por vías alternas y sin intervención estatal⁷³.

En definitiva, lo que pretendemos es que el juez de amparo constitucional sepa diferenciar las distintas características de cada medio de comunicación, a los efectos de evitar que se apliquen criterios iguales, pero que desconozcan los avances de cada medio, produciéndose una limitación exagerada en la libertad de expresión. Todo dependerá del caso concreto y del medio de comunicación de que se trate y las decisiones judiciales deberían ir cuidadosamente diseñadas para cada situación.

4.5. *Algunas referencias a las formas de hacer efectivo el derecho de réplica.*

A falta de regulación legislativa, le corresponderá al juez en cada caso concreto determinar en el dispositivo del fallo, la forma como deberá proce-

72 Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-7/86* del 29 de agosto de 1986. Serie A N° 7, pág. 23.

73 Sin ánimos de generalizar, parece atrevido afirmar que la réplica pueda ser el mecanismo ideal para responder ante una información difundida en panfletos universitarios o en internet, pues las características de dichos foros parecen indicar que la información podría refutarse con la elaboración de nuevos panfletos o páginas *web*, sin necesidad de poner en marcha los instrumentos estatales y sin necesidad de regular excesivamente medios de comunicación mucho más liberales. Sin embargo, las circunstancias del caso concreto podrían indicar lo contrario y si la Convención Americana no pudiera invocarse para estos casos, habrá que hacer uso del argumento constitucional de los derechos inherentes a la persona humana y el derecho a la igualdad, tal y como expusimos en el punto 3.2.

derse para difundir la respuesta, independientemente de las consideraciones vinculantes que vaya exponiendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de orientar al resto de los tribunales de instancia, tratando de dar cierta seguridad jurídica en este tipo de controversias. A continuación trataremos de exponer algunas consideraciones básicas sobre la forma como puede concretarse la réplica, tratando también de detectar algunas dificultades que pueden presentarse en el tratamiento de estos casos.

A. En primer lugar, habría que señalar que lo ideal sería que el medio de comunicación, con la sola solicitud del agraviado, procediera a emitir o publicar la réplica respectiva. Ahora bien, en caso de que éste se niegue, será necesario la interposición de una acción de amparo constitucional destinada a obtener una orden de publicación de la respuesta correspondiente. Ya nos hemos pronunciado en otra oportunidad sobre la conveniencia de una legislación que desarrolle los principios básicos de esta institución, tal y como lo han hecho algunos ordenamientos jurídicos⁷⁴.

En efecto, una legislación que desarrollase los principios elementales del derecho constitucional a la réplica, podría asignarse la responsabilidad directa -al menos *prima facie*- a los medios de comunicación, en caso de omitir sus obligaciones de réplica. La coerción pudiera lograrse, incluso, a través del establecimiento de multas sucesivas y el control y exigibilidad de las mismas pudiera encomendarse a algún órgano administrativo o judicial⁷⁵. El procedimiento pudiera ser tan breve y sumario como el establecido en la Ley Orgánica de Amparo.

Adicionalmente, para el caso de los medios de comunicación que se benefician de concesiones administrativas, pudiera imponerse por vía legislativa, la obligatoriedad de incluir en los contratos de concesiones de empresas que utilicen frecuencias -radio y televisión- la llamada doctrina de réplica, lógicamente alertando a dichas empresas que el no cumplimiento de estas obligaciones pudiera conllevar a la imposición de sanciones administrativas o, incluso, a la declaración de caducidad de la concesión administrativa. O quizás, sería suficiente, y hasta más económico para el Estado, esta-

74 Véase Rafael J. Chavero Gazdik, "El mercado de ideas y la doctrina de réplica como garantía de la libertad de expresión", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 4, Sherwood, Caracas, 1998, pp 47 y ss.

75 Para la determinación del órgano encargado de revisar la procedencia o no de la réplica debería tomarse en consideración los costos de cada una de las alternativas. Por ejemplo, si para atribuir esta competencia a un órgano administrativo es necesario la creación de una dirección administrativa especial y la contratación de más personal burocrático, creemos que la mejor opción sería encargarle esta atribución directamente a los tribunales, a través de un procedimiento oral y sencillo.

blecer un régimen de incentivos en las concesiones, que permitan obtener el mismo resultado pero sin intervención gubernamental.

Decíamos que otros ordenamientos jurídicos han concretado marcos legislativos para desarrollar este derecho fundamental, quizás por entender lo peligroso que pudiera ser para la libertad de expresión y para el sistema democrático dejar a la deriva una institución tan importante. Así, además de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación en España, también debemos mencionar el caso de Costa Rica, donde se precisó con particular detalle el derecho de réplica. En efecto, en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, donde se regula el procedimiento de amparo constitucional, se estableció un capítulo aparte -el tercero del Título III- donde se dan las pautas del derecho de rectificación o respuesta y su protección. Es decir, existe todo un Título para regular el amparo a los derechos constitucionales y dentro de ese Título III hay un capítulo especial para el derecho de réplica. De manera que no se trata de un capricho personal el recomendar con cauteloso celo el tratamiento legislativo y jurisprudencial de esta institución, pues el sistema democrático depende muchas veces del nivel de libertad de expresión que exista en esa sociedad.

Nos inclinamos, entonces, por la idea de asumir una legislación destinada a desarrollar los criterios fundamentales del derecho de réplica, con los fines de lograr más divulgación y uniformidad en el tratamiento de tan importante -y por qué no decirlo confusa y novísima para nuestro sistema- doctrina. Pero, claro está, no debe olvidarse la función elemental del juez en la concretización de la justicia en cada solución individual, de tal modo que no sería prudente una legislación que lo acorrale y condicione a respuestas preestablecidas.

B. Hay que insistir en que la réplica o rectificación debe ser gratuita. De tal forma que no puede imponérsele una carga monetaria a quien involuntariamente se ha visto perjudicado por una información errada o agravante. Esto implica incluso, que de prosperar la solicitud de réplica mediante una acción de amparo constitucional, los jueces deberían condenar en costas al medio de comunicación infractor.

C. La respuesta del agraviado debe guardar una estricta relación con la información que se imputa como falsa o agravante, evitando cuestionar las opiniones asumidas por el autor. Y en este sentido, debe limitarse a contestar dichas informaciones fácticas sin que se produzcan a su vez nuevas imputaciones agravantes frente al que publicó la información o frente a otros terceros, pues ello puede dar lugar a una cadena infinita e indeseable de réplicas y contrarréplicas.

D. También la réplica debe ser realizada en el mismo medio de comunicación donde se produjo la información agravante o en otro de similar características y debe guardar, en la medida de lo posible, la debida propor-

ción con el tamaño, tiempo y espacio que se utilizó para divulgar la información inicial.

Sin embargo, puede presentarse casos donde esto no sea posible, pues si la información errada o agravante se difunde a través de un medio de comunicación no periódico, como es el caso de los libros o películas de cine, es a todas luces improcedente que se obligue al autor o director a publicar o filmar un nuevo libro o película donde se corrija la información. Esto no obsta a que se utilicen mecanismos alternos para garantizar el derecho de respuesta, como pudiera ser la anexión de volantes correctivos en los volúmenes impresos o en las salas de cine, enmiendas en una sucesiva edición o simplemente a través de otro medio de comunicación, siempre y cuando esto se haga a cargo del autor o director del medio que produjo la información inicial⁷⁶.

Los jueces de amparo deberán, -y esto tiene una importancia radical-, evitar dar ordenes a los medios de comunicación que excedan del mandato de publicación de la réplica, pues si se utiliza esta figura para evitar divulgaciones de información en el futuro se estaría pervirtiendo el objeto mismo del derecho y se estaría lesionando unos de los pilares fundamentales de la sociedad democrática, esto es, la libertad de expresión. Además, es claro que tanto nuestra Constitución como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben categóricamente la censura previa.

El objeto fundamental de la réplica es corregir una información equivocada o agravante, más no constreñir a los medios de comunicación a que den cobertura a los asuntos que ellos no consideren importantes. Debe tenerse siempre presente que lo que se busca es más -no menos- intercambio de ideas y que además son los medios los que tienen su control editorial. Sería un fracaso rotundo si se utiliza la excusa de que la Ley Orgánica de Amparo protege además las amenazas de violación de los derechos constitucionales para obtener órdenes de censura previa, pues ello implicaría la vulneración del núcleo esencial de la libertad de expresión.

E.- La réplica puede producirse cuando la información no es falsa ni agravante, pero es incompleta. En efecto, tal y como señalan los autores Zannoni y Bísaro, una transcripción fiel pero parcial, puede implicar inexactitud o desnaturalización del discurso y con ello, la vulneración de otro derecho constitucional -honor, reputación o fama-. Estas omisiones deberían permitir al aludido la inserción de las partes omitidas que revelen el contexto original⁷⁷.

76 Sobre este particular puede verse Eduardo Zannoni y Beatriz Bísaro, *La responsabilidad de los medios de prensa*, op. cit. págs. 226-227.

77 *Ibidem*, págs. 205 y ss.

V. EL CASO *ELÍAS SANTANA* Y LA DECISIÓN 1.013 DE LA SALA CONSTITUCIONAL.

El caso objeto de los presentes comentarios se origina –y esto es importante decirlo– a raíz de unas opiniones emitidas por el propio Elías Santana, quien ofreció unas declaraciones en algunos medios de comunicación, en donde cuestionó el proceso de designación de los miembros del Poder Ciudadano y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, manifestando que la sociedad civil estaba dispuesta a desobedecer los resultados si ésta era excluida del indicado proceso de designación.

Pues bien, respondiendo a estas afirmaciones del periodista Santana, el presidente Chávez emitió una serie de consideraciones en el programa radial *Aló Presidente*, donde respondía a Santana⁷⁸. Estas afirmaciones se referían a quién era más popular Chávez o Santana y a quien era la verdadera sociedad civil, la representada por Santana o la que votó por el presidente Chávez. Es importante destacar que no se descalificó ni insultó a Santana, sino que se cuestionó su carácter de verdadero representante de la sociedad civil.

Ante esta respuesta del presidente Chávez, el periodista Santana le requirió a Radio Nacional –quien transmite el programa *Aló Presidente*– oportunidad para responderle al Presidente, dentro del mismo espacio del programa. La emisora Radio Nacional le contestó a Santana señalándole que éste podía dar su respuesta en cualquiera de los programas de Radio Nacional, a la hora que ésta le indicaría. Santana consideró que eso no era suficiente, pues entendía que el programa *Aló Presidente* es transmitido no solamente por las tres estaciones propiedad de Radio Nacional, sino también “por Venezolana de Televisión; eventualmente por Globovisión, y además genera gran expectativa y concentra la atención de la mayoría de los medios de comunicación social en sus diferentes formatos” y además por que el “programa radial *Aló Presidente* goza de un altísimo rating o índice de audiencia...⁷⁹”.

Pues bien, ante la disconformidad con la respuesta obtenida, el periodista Santana ejerció, el 9 de octubre de 2000, una acción de amparo constitucional, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, contra el Presidente de la República y contra la Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, básicamente por entender vulnerado su derecho constitucional a la réplica y rectificación, previsto en el artículo 58 de la

78 El texto de las afirmaciones del presidente Chávez se recoge en el propio fallo 1.013.

79 *Ibidem*.

Constitución. La decisión se produce el 12 de junio de 2001, declarándose la improcedencia de plano (*in limine litis*) de la indicada acción de amparo⁸⁰.

Como hemos adelantado varias veces, nos vamos a referir únicamente a las consideraciones de la Sala Constitucional para decidir el caso concreto. Y en este sentido tenemos que la Sala utiliza básicamente tres argumentos para rechazar la solicitud de respuesta del periodista Santana, los cuales vamos a tratar por separado. Desde ya, tenemos que adelantar que independientemente de la forma como fueron expuestos por la Sala Constitucional, los mismos son lo suficientemente contundentes e irrefutables para desechar la pretensión del accionante.

5.1. *Las expresiones emitidas por el Presidente fueron simples opiniones, no informaciones.*

Quizás el argumento de mayor contundencia para desechar la pretensión del periodista Santana radica en el hecho de que se pretendía obtener un derecho de respuesta frente a unas ideas u opiniones del Presidente de la República. Y estamos convencidos, tal y como adelantamos, que para esa tarea no están nuestros derechos fundamentales ni nuestros tribunales de justicia. Es más, en esto consiste, precisamente, un régimen democrático de gobierno.

En efecto, ya expusimos antes cómo la jurisprudencia mundial se ha encargado de establecer distinciones entre informaciones y opiniones, dejando la posibilidad de solicitar réplicas o rectificaciones únicamente en los casos de las primeras, pues admitir lo contrario, es decir, la apertura de replicatos compulsivos para cualquier divulgación de pareceres sería sencillamente castrar el derecho de libertad de expresión y obviar el derecho de propiedad y control editorial de los propietarios de los medios.

No puede olvidarse que el derecho a la libertad de pensamiento incluye el derecho a expresarse y también el derecho a no expresarse⁸¹. Y la imposición estatal de emitir determinadas informaciones sólo pueden justificarse cuando estén dirigidas a proteger adecuadamente otros derechos fundamentales y nunca sacrificando la libertad de pensamiento en más de lo debido (principio de intervención mínima).

80 Tampoco es este el momento para referirnos a esta nueva modalidad de sentencias de la Sala Constitucional, destinada a desembarazarse de los casos que considera que no ameritan aperturar el contradictorio del procedimiento de amparo constitucional, lo que parece ser una fórmula desesperada de rebajar la carga de trabajo ante la abundancia de amparos que cursan ante esta Sala y el poco tiempo que se dispone para decidirlos.

81 Esto lo ha reconocido la Suprema Corte estadounidense en el fallo *Board of Education v. Barnette*, 319 U.S., 624 (1943).

Si un individuo, y con más razón un periodista, no es capaz de tolerar las distintas opiniones que suelen asumirse sobre determinados puntos o, incluso, sobre su propia imagen o desempeño profesional, entonces sencillamente no está apto para convivir en un estado democrático de gobierno, ni para ejercer efectivamente su profesión. E, incluso, un mayor nivel de tolerancia debería exigírsele a todo aquel que se ha abalanzado al mercado de las ideas, profiriendo las suyas propias, como en efecto fue el caso del periodista Santana, quien fue el que inició el debate llamando públicamente a la desobediencia civil ante una decisión política –la cual de paso nosotros también lamentamos- que había asumido el gobierno del Presidente.

Ni si quiera nos atrevemos a imaginar una sociedad donde todo aquel que tenga pareceres u opiniones distintas a las emitidas por determinados medios de comunicación pueda obtener decisiones judiciales que le permitan contestarlas en esos mismos canales. Estaríamos hablando de existencia de periódicos o programas paralelos, donde los editoriales serían manejados por jueces y no por sus propietarios. A ese absurdo no han llegado, pensamos, ni siquiera los países de extrema izquierda. Es más, habría que hacer el ejercicio de imaginar hasta dónde podría llegar la oposición a un determinado régimen, si las propias autoridades de gobierno –o sus emisarios- se encargaran de constreñir a los medios a que divulgaran las respuestas “oficiales” a las opiniones emitidas por sus oponentes.

Un sistema constitucional como el nuestro debe estar hecho para demócratas, esto es, personas capaces de convivir en un sistema plural y tolerante, que permita que existan todas las versiones u opiniones sobre un mismo tema, sin necesidad de que los jueces manipulen los medios de comunicaciones. Para eso tenemos un mercado, actualmente pequeño, eso es cierto, pero mercado al fin, en materia de comunicaciones. El día que nuestra Sala Constitucional decida abrir las puertas de la réplica o la rectificación para contestar opiniones expresadas en los medios, ese mismo día habremos colgado la bandera de la libertad de expresión, en ese momento habremos dado paso a los mecanismos subrepticios de autocensura y habrán obtenido su victoria los opresores de ideas. No puede olvidarse que con posiciones como las que afortunadamente ha rechazado nuestra Sala Constitucional en el fallo que comentamos cayeron muchos grandes pensadores como Sócrates y Galileo. Si en algo ha avanzado nuestra sociedad es en la sabia aceptación de que nadie es dueño de la verdad, mucho menos Santana o el presidente Chávez, ambos deben ser bienvenidos al mercado de las ideas y ninguno de ellos tiene derecho a silenciar al otro.

Para nosotros, este argumento utilizado por la Sala Constitucional era más que suficiente para negar la pretensión del accionante. Todas las demás consideraciones, sencillamente, sobran.

5.2. *El periodista Santana tenía fácil acceso a otros medios de comunicación, a través de los cuales podía hacer efectiva la réplica solicitada.*

En efecto, una de las principales consideraciones que hace la Sala Constitucional para rechazar la réplica solicitada se refiere a la condición de persona notoria del periodista Santana, de quien entiende la Sala, dispone de una amplia posibilidad de acceso a otros medios de comunicación para hacer efectiva la respuesta a las opiniones emitidas por el presidente Chávez en su programa radial. Por esta razón, se entiende que no sería necesario constreñir a un medio de comunicación en particular (Radio Nacional, y más concretamente, el programa *Aló Presidente*) a tener que dar cobertura de la posición contraria en la polémica surgida. Incluso, en el fallo se deja bien claro que el periodista Santana tiene un programa radial y además dispone de una columna importante en un periódico de circulación nacional.

Tal y como se adelantó en los Capítulos precedentes, en nuestro modesto criterio luce bastante acertada esta afirmación de la Sala Constitucional, sobre todo si entendemos el derecho de réplica y rectificación como un derecho constitucional que usado mal, puede coartar o limitar otro derecho fundamental más trascendente, como es el caso de la libertad de expresión. En efecto, consideramos que uno de los primordiales análisis que debe realizarse en cada caso concreto donde se solicita el derecho de réplica o rectificación es el de las otras alternativas de que dispone el presunto afectado para poder dar respuesta a las informaciones que considera erradas o agraviantes. Así, si el afectado dispone de un fácil acceso a medios de comunicación que se asimilan en proporción al que difundió la información agraviante, entonces deberá utilizar esas vías alternas antes de pretender una intervención judicial. Esto no es otra cosa que atender a los principios del mínimo sacrificio del derecho y de proporcionalidad en los conflictos de derechos constitucionales.

No puede hacerse abstracción de que al menos en nuestro país, disponemos de un mercado relativamente competitivo en el ámbito de las comunicaciones, sobre todo en el ámbito radial y en la prensa escrita. Para nosotros es claro que una afirmación realizada en un diario nacional puede ser contestada en otro de igual alcance o cobertura, ello conllevaría a evitar que los medios se autocensuren para esquivar las solicitudes de réplicas o rectificaciones por cada información divulgada. No tiene ningún sentido que se exija la respuesta en el mismo medio de comunicación si se dispone cómodamente de canales similares y proporcionales para refutar las informaciones que se consideren erradas o agraviantes.

Por ello, consideramos que la situación habría sido muy distinta si el Presidente hubiera presentado alguna información errada o agraviante para algún particular, durante una cadena comunicacional, pues allí evidentemente que el análisis de las vías alternas para contestar dicha información sería mucho más cerrado, por no decir imposible de lograr a través de un

simple periódico o emisora radial. En ese caso, habría que buscar alternativas para que la rectificación alcanzara estándares proporcionales a los que se utilizaron con la divulgación.

Ahora bien, quizás no haya sido muy feliz la forma como la Sala Constitucional presenta esta argumentación en el fallo que comentamos, pues en algunos pasajes pareciera dar a entender que ningún periodista puede solicitar, en ningún caso, el derecho de rectificación, lo que muchos han entendido como una abierta discriminación. Sin embargo, considero que la intención de la decisión estaba más bien dirigida a verificar la posibilidad de acceso del periodista agraviado a medios de similar jerarquía a las emisoras que transmiten el programa presidencial. Pero nos parece obvio que la misma doctrina no podrá aplicarse para el caso de un periodista –de profesión– pero que se dedica, por ejemplo, al comercio informal y quien no tiene ni programas radiales ni columnas de prensa, ni tampoco fácil acceso a estos medios de comunicación. Por ello, creo que hay que limitar el alcance de la decisión al caso concreto.

Pero debemos hacer énfasis que cuando se diferencia entre las personas que tienen fácil acceso a los medios (personas notorias) de quienes no lo tienen, lejos de estarse discriminando se está atendiendo al principio de proporcionalidad en la afectación del derecho fundamental a la libertad de expresión, y como vimos, esa ha sido una posición doctrinal y jurisprudencial, prácticamente universal, tal y como expusimos antes.

Tampoco nos parece válido el argumento de que por el hecho de que un programa tenga mayor rating que otros, ya de por sí quede habilitada cualquier persona para expresar en ese mismo espacios sus distintos pareceres. La única manera legítima de bajar el rating de un espacio debe ser promoviendo mejores programas, no entorpeciendo los ya existentes. La réplica o rectificación no puede depender simplemente de los indicadores de audiencia, basta con que se trata de medios proporcionalmente similares para desechar pretensiones de interferencia y censura. En el caso concreto, si bien es cierto que el programa radial del Presidente dispone de una audiencia importante, no es menos cierto que las expresiones divulgadas en los periódicos de circulación nacional también tienen una llegada importante, si no, ni siquiera el Presidente se hubiera molestado en contestarle a Santana las opiniones que éste emitiera para convocar a la desobediencia civil.

Hay que recordar que el espíritu del constituyente está dirigido a garantizar pluralidad en los distintos medios, bajo ninguna forma busca nuestro Texto Fundamental atender a caprichosas solicitudes que esconden en el fondo un evidente deseo de censura. Al menos nosotros estamos convencidos que la solicitud de Santana lo único que buscaba era silenciar al Presidente y no responderle a sus opiniones, y para ello no se puede pretender manipular los derechos fundamentales. En suma, consideramos que cuando la Sala niega el derecho de réplica a un periodista que dispone de amplios

canales comunicacionales, lejos de estar discriminándolo le está cortando un traje a su medida, es decir, está diciendo que los derechos constitucionales, en este caso nada más y nada menos que la libertad de expresión, pueden ser limitados únicamente cuando corresponda y nunca, más de la cuenta.

- 5.3. *La lógica consecuencia de aceptar la pretensión del accionante hubiera sido el tener que soportar interminables secuencias de réplicas y rectificaciones.*

Estrechamente ligado a los puntos anteriores está el argumento – utilizado también por el fallo comentado- de que al permitirse el derecho de réplica o rectificación frente a todo tipo de opiniones se estaría dando paso a un interminable juego de réplicas y contrarréplicas, pues cualquiera podría sentirse legitimado a entrar al debate promovido por cualquier medio y con ello, tarde o temprano, lo único que se lograría es que los medios se inhibieran de dar cobertura a los asuntos polémicos o de interés.

En efecto, imaginemos que al periodista Santana se le hubiera otorgado el derecho de contestarle al Presidente en su propio programa *Aló Presidente*. ¿No tendría entonces el Presidente derecho a una nueva respuesta? ¿Y qué hay del resto de los ciudadanos que quisieran apoyar una u otra posición? Sencillamente con esta receta se acabaría el mencionado programa radial, lo que para muchos –dentro de los cuales me incluyo- sería mejor, pero en ese momento estaremos dando las herramientas también para que se acabe el resto de los programas de oposición o que traten asuntos que nos gustan. No se puede olvidar que la extraña paradoja de la libertad de expresión es que a veces tenemos que tolerar también lo que no nos gusta.

Por ello, no deja de tener razón la Sala Constitucional cuando alerta del grave peligro que correrían los medios de comunicación si se permitiera abiertamente la posibilidad de obtener compulsivamente el derecho de dar respuesta a opiniones emitidas en éstos. Lo extraño es que los propios medios no saluden con beneplácito esta afirmación de la Sala, pues sencillamente le está garantizando su trabajo.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Probablemente al apresurado lector de estas líneas le pueda parecer que estamos defendiendo una posición política o –incluso- que somos aficionados al programa radial del Presidente. Pero ese es el riesgo que se corre cuando se cree verdaderamente en la libertad de expresión. Sería muy fácil, cómodo y hasta irresponsable defenderla únicamente cuando se trata de las ideas que compartimos. Con eso no se prueba otra cosa que la intolerancia. Mencken decía que luchar por la libertad requería defender a veces a muchas de las peores personas, o al menos, con las que no estábamos de acuer-

do⁸². El espíritu del presente comentario es defender únicamente la libertad de expresión, sin importar quiénes están siendo o no afectados por la decisión que comentamos.

Estamos convencidos de que la decisión del caso concreto fue acertada, pues coloca en su santo lugar a un derecho fundamental que no se diseñó para combatir a la libertad de expresión, sino únicamente para complementarla. Haber admitido la pretensión del accionante hubiera puesto en vidrio el derecho a opinar libremente. Y esto no quiere decir que la libertad de opinar sea absoluta, pues como se sabe, el derecho a estirar mis nudillos termina antes de la nariz de mi vecino. Nadie tiene derecho a emitir opiniones denigrantes, humillantes o dañinas para el honor y la reputación de las personas, pero esto no quiere decir que la mera crítica –por muy contundente que pueda presentarse– o las discrepancias políticas traigan consigo el derecho a dar respuesta inmediata y compulsiva en el mismo medio de comunicación que las transmitieron.

Sin duda alguna, nos sorprende el fuerte entusiasmo con que los propios periodistas han atacado este fallo que comentamos, sobre todo sin diferenciar las resultas del caso concreto, del resto de las dispersas afirmaciones realizadas en el fallo. En efecto, nosotros también coincidimos con muchas de las preocupaciones surgidas como producto de algunas desafortunadas afirmaciones contenidas en la Sentencia 1.013, pero éstas no se refieren al caso concreto y fueron realizadas en abstracto y hasta con cierto apresuramiento. En todo caso, lo que hemos querido argumentar aquí es que las motivaciones para desechar el amparo constitucional ejercido por el periodista Santana son acertadas, y están destinadas a garantizar efectivamente el derecho a la libertad de expresión, el cual –como vimos– puede ser mermado por muchos mecanismos indirectos, dentro de los cuales se encuentra la manipulación y distorsión del derecho de réplica o rectificación.

Por ello, consideramos prudente advertirle a todos aquellos que pretendan conseguir que la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos admita la posibilidad de que una *persona notoria* pueda solicitar la rectificación de una *opinión* del Presidente de la República, en el *mismo medio de comunicación* que la transmitió, que tienen una tarea bastante complicada, pues no van a cuestionar únicamente la Sentencia 1.013 dictada por la Sala Constitucional, sino los criterios jurisprudenciales más consolidados de la mayoría de los tribunales del mundo. En todo caso, los defensores de la libre expresión y de la tolerancia –entre los cuales seguramente estarán los propios miembros de estos organismos– tendrán que ver en esa acción un gran ataque al libre intercambio de ideas y al régimen democrático de gobierno.

82 Citado por Alan Dershowitz, *Contrary to Public Opinion*, op. cit. pág. 85.

En suma, parece incontestable que los términos réplica y rectificación están dirigidos -ambos- a refutar sólo informaciones inexactas o agraviantes. Además, consideramos imprescindible que nuestros tribunales, al igual que los del resto del mundo, determinen en cada caso concreto el nivel de acceso a los medios que puede tener el solicitante de la respuesta compulsiva, evitando caprichosas solicitudes que pongan en peligro el libre intercambio de informaciones; y que además se analice cada medio de comunicación por separado, de modo de evitar la aplicación de rigurosas imposiciones, producto de la escasez de canales disponibles, a medios que tienen amplias vías de acceso.

Si bien, no nos complacen muchas de las afirmaciones referidas en el fallo que comentamos, no nos cabe la menor duda de que el primer paso que ha dado nuestra Sala Constitucional, a la hora de desarrollar el derecho de rectificación, ha sido acertado. No cabe duda de que la pretensión procesal que se debatió en el amparo comentado ponía en grave peligro la vida misma del libre intercambio de ideas. De haberse declarado procedente esta acción habría comenzado la cuenta regresiva de las programaciones serias, sinceras y polémicas, las cuales todavía no son muchas en nuestro foro, pero eso es harina de otro costal.

Concluimos de la misma forma como empezamos, recordando con Voltaire que podremos estar muy en contra de las posiciones políticas del Presidente, de las opiniones emitidas en sus programas o intervenciones, pero defenderemos hasta la muerte su derecho a expresarlas. Nuestros males hay que curarlos con votos, con democracia y con libertad de expresión, no con caprichos que buscan imponer censura.

**¿QUÉ INTERPRETACIONES? ¿CUÁN VINCULANTES?
ALCANCE DE LAS INTERPRETACIONES DE LA
SALA CONSTITUCIONAL DEL
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

Gustavo José Linares Benzo

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

*“No somos los últimos porque somos infalibles;
somos infalibles porque somos los últimos”*

Corte Suprema de los EEUU, Brown vs Allen, 1953.

El artículo 335 de la Constitución establece que

“las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Disposición virtualmente única en el Derecho comparado¹ y que por primera vez aparece en nuestro ordenamiento constitucional. Se trata de una

1 La única norma parecida que he podido encontrar es el artículo 102, III, 1° de la Constitución del Brasil de 1988, que establece:

“Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole:

III. Juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: a) fuese contraria a disposiciones de esta Constitución; b) declarase la inconstitucionalidad de un tratado o una ley federal; c) juzgase válida una ley o un acto de un gobierno local discutido a la vista de esta Constitución;

1° La argumentación de incumplimiento del precepto fundamental derivado de esta Constitución será apreciada por el Supremo Tribunal Federal, en la forma de la ley.

2° Las decisiones definitivas de mérito, dictadas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones declaratorias de constitucionalidad de ley o acto normativo federal, producirán

¿QUÉ INTERPRETACIONES? ¿CUÁN VINCULANTES?

norma de enorme trascendencia que se ha visto empleada por la Sala Constitucional en varias ocasiones, algunas de ellas notablemente polémicas, lo que exige establecer los límites de esta potestad. De allí que sea necesario indagar, en primer lugar, la naturaleza de la nueva Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para luego analizar el sentido del término “interpretaciones”, que es lo que la Sala puede establecer, para culminar con el contenido de la “vinculación” de esas interpretaciones sobre las demás Salas del TSJ y los tribunales.

1. *La Sala Constitucional*

A medio camino entre la creación de un Tribunal Constitucional, como ha sido la tradición en las recientes constituciones latinoamericanas², y la continuidad con nuestro pasado constitucional que preveía una Corte Suprema de Justicia que operaba libremente con la norma fundamental, la Constitución de 1999 crea una Sala Constitucional que viene a ser una suerte de Corte Constitucional enquistada en el Tribunal Supremo. En efecto, salvo la posibilidad de “declarar la nulidad de los reglamentos y actos administrativos del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente”, que se entiende abarca motivos de inconstitucionalidad, que correspondería a la Sala Político Administrativa (art. 266,5 C) todas las demás operaciones con normas constitucionales corresponden a la Sala Constitucional, de acuerdo con la larga lista del artículo 336.

Ese catálogo incluye todos los supuestos de nulidad de normas por inconstitucionalidad, además del supuesto de omisiones contrarias a la Constitución (n. 7) y la revisión de las sentencias de otros tribunales relativas a la Constitución (n. 10). Pareciera, pues, que se establece monopolio de las nulidades por inconstitucionalidad en cabeza de la Sala Constitucional, de modo semejante a lo que sucedía con las competencias de la Sala Plena y de la Sala Político Administrativa en la Constitución de 1961³.

Sin embargo, la aparente homogeneidad de este control en la Constitución de 1999 se destruye al considerar que “todos los jueces o juezas de la República, (...) están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspon-

eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y al Poder Ejecutivo.”

2 Constitución Política de Bolivia de 12-8-94, art. 116; Constitución Política de Colombia de 7-7-91, art. 239; Constitución Política de la República de Ecuador de 18-6-96; Constitución de la República del Perú de 29-12-93, art. 201.

3 Cf. art. 215, ord. 3°, 4° y 6°.

diendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente” (art. 334, C). Se trata de la consagración constitucional del llamado control difuso, previsto hasta 1999 en normas de rango legal, en concreto el artículo 20 del CPC.

Hay así una mezcla de los dos grandes sistemas de control constitucional. Se reserva a la Sala Constitucional la nulidad de los actos inconstitucionales (art. 334, 2° aparte) pero todo juez debe aplicar la Constitución con preferencia a normas que considere contrarias a ésta. Esa mezcla responde a una confusión entre los sistemas originales de justicia constitucional, el norteamericano de 1803 y el europeo de la preguerra, kelseniano básicamente. En esto, lo nuevo de la Constitución de 1999 es haber llevado a su rango el control difuso que corresponde a cualquier otro tribunal.

2. *Naturaleza de la Sala Constitucional*

Así las cosas, se impone decidir si la nueva Sala Constitucional es un Tribunal Constitucional en el sentido kelseniano del término o se trata de un verdadero tribunal. La respuesta es decisiva. Un tribunal constitucional kelseniano no es un juez, sino en la frase gráfica del mismo Kelsen, un legislador negativo, que no emplea criterios jurídicos para decidir sino que es un parlamento paralelo que deroga las normas políticamente contrarias a la Constitución, norma que maneja con exclusividad. El resto del Poder Judicial no operaría con la Constitución.

La consagración expresa del control difuso de la constitucionalidad en el artículo 334 del texto fundamental, que hace jurídicamente operativa esa norma para todos los tribunales, impide llegar a esa conclusión. La Constitución de 1999 es una verdadera norma jurídica para cualquier operador, la única especificidad de la Sala Constitucional es el monopolio de la nulidad *erga omnes* de las normas de rango legal contrarias a la Constitución, nulidad que debe ser apreciada por razones de *Derecho*, y no políticas. De allí que haya que responder rotundamente que la Sala Constitucional no es un Tribunal Constitucional kelseniano, sino un tribunal de Derecho que anula exclusivamente las normas inconstitucionales. Responde, pues, a un criterio de organización judicial y no a consideraciones doctrinarias de corte positivista.

3. *Las interpretaciones de la Constitución y la Sala Constitucional*

El análisis puede seguir ahora sobre el contenido de las “interpretaciones vinculantes” a que se refiere el artículo 335. Antes, algunos elementos de la noción de Constitución, que es precisamente la norma que la Sala Constitucional va a interpretar.

¿QUÉ INTERPRETACIONES? ¿CUÁN VINCULANTES?

A. *La noción de Constitución*⁴

Salta a la vista que alguna especificidad novedosa presenta la Constitución, producto jurídico moderno, frente a la ley y las demás especies de normas, especificidad que precisamente exige un afinamiento y una criba de los métodos interpretativos clásicos de las demás disposiciones del ordenamiento jurídico.

“No debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución”, dijo el *Chief Justice* de la Corte Suprema de los EEUU John Marshall ya en 1819 (*McCulloch vs Maryland*. 4 Wheat 316 (1819)). Desde entonces la frase, considerada por muchos como la más importante jamás pronunciada sobre el proceso de interpretación constitucional (Frankfurter), ha jugado para convencer de que una Constitución es una norma no sólo jerárquicamente superior al resto del ordenamiento, sino también -y ello es lo capital para su interpretación- *cualitativamente distinta*.

Es importante notar que la Constitución es un tipo normativo único, con una calidad superior y distinta al resto del componente escrito del ordenamiento, que exige de igual modo un tratamiento peculiar a la hora de determinar si las normas que le son inferiores -y todas lo son, por definición- respetan los contenidos constitucionales⁵.

A este respecto, la primera precisión consiste en recordar que la Constitución es derecho verdadero y vinculante, tanto en su conjunto como en cada una de sus normas, que debe ser aplicada preferentemente por los Tribunales y cualesquiera otros operadores jurídicos. Este aserto, que pareciera obvio, debe ser ratificado precisamente aquí para salir al paso de la tesis fundante de varias decisiones judiciales, del carácter programático de algunas normas constitucionales. En síntesis, ese carácter consistiría en que la Constitución contiene mandatos dirigidos exclusivamente al legislador, quien deberá desarrollarlos dictando leyes que den aplicabilidad a la norma fundamental. Si bien no hay duda de que la constitución remite a la ley la regulación de un importante número de materias -y no podría ser de otro modo, dado el carácter concentrado de las disposiciones constitucionales, como se verá- lo que no puede aceptarse de ningún modo es que la Constitución o algunas de sus normas contengan simplemente un programa legislativo, y que sea ineficaz como regla de derecho, es decir, insusceptible de ser invocada ante los Tribunales y tenida por éstos como base de sus decisiones.

4 Cf. Gustavo José Linares Benzo, *Leer la Constitución*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, pp. 9-16.

5 Eduardo García de Enterría, y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas. Madrid 1995, pp. 93 y ss.

En otras palabras, la eficacia de la Constitución es independiente de la ley. Su poder vinculante no dimana de su recepción por la ley, que la haría operativa, sino de su carácter supremo debido a su intención fundacional del Estado, de instrumento organizador de los poderes públicos y garantías de los derechos particulares.

Este valor supremo de la Constitución, que implica que valga independientemente de la ley, impide entender la Constitución o algunas de sus normas como meros mandatos al Legislativo. En otras palabras, las normas constitucionales son directamente vinculantes para los Tribunales, muy particularmente en materia de derechos fundamentales, aún cuando la legislación reglamentaria respectiva no se haya dictado o sea incompleta. Tal aserto adquiere aún mayor importancia de la que se evidencia si se recuerda que la gran mayoría de las normas constitucionales que establecen derechos remiten a la ley su regulación concreta y, aún en el caso de que esa remisión no conste para un caso determinado, la misma Ley Fundamental otorga al Poder Nacional la potestad de dictar la legislación reglamentaria de las garantías que otorga la Constitución, por lo que eventualmente todo derecho constitucionalizado es reglamentable, con las limitaciones que se verán más adelante. Entonces, *lege silente*, o en caso de que ésta sea incompleta, siguen manteniendo eficacia los derechos no reglamentados o incompletamente regulados por aquélla.

El principio de vinculación más fuerte de la Constitución sigue desplegando su virtualidad incluso cuando ha sido dictada la correspondiente legislación de desarrollo del texto fundamental. En efecto, que la Constitución remita a la ley la disciplina de un determinado sector no puede entenderse como una abdicación de su poder regulador, como si cualquier contenido de la ley remitida fuera compatible con los parámetros de la Constitución. Muy por el contrario, y de acuerdo con el principio de interpretación del ordenamiento en conformidad con la Constitución al que nos referiremos más adelante, los preceptos constitucionales continúan siendo máximamente operativos aún dictada la correspondiente legislación reglamentaria, y deberán ser tomados en cuenta de manera privilegiada para resolver los problemas que se presenten.

Esta operatividad de la Ley Fundamental luego de promulgada la ley de desarrollo tiene como primera manifestación la necesaria conformidad de tal ley con los principios constitucionales, so pena de nulidad. Y esa conformidad es mucho más amplia que la mera correspondencia con una revisión constitucional: alcanza al contenido mismo de la ley comparado con la Constitución.

Analizado ya someramente el carácter directo y máximamente vinculante de la Constitución, hemos de referirnos ahora al segundo aspecto que debe gobernar la aplicación de la Ley Fundamental: el carácter concentrado de las disposiciones de la Constitución.

¿QUÉ INTERPRETACIONES? ¿CUÁN VINCULANTES?

En efecto, uno de los argumentos que subyace en la tesis del carácter programático de algunas normas constitucionales es la imprecisión e indeterminación de tales dispositivos, que serían por tanto inaplicables hasta que fueran determinados y concretados por la legislación posterior. Lo programático sería así una exigencia misma del Derecho constitucional, tan abstracto que sería inaplicable directamente.

Tal postura tampoco es aceptable si se opta por el modelo de Constitución que establecieron las Revoluciones Americanas y Francesa y del que somos directamente tributarios: una norma suprema que ordena el Poder y garantiza los derechos. Para que tal norma tuviese alguna pretensión de supremacía, es necesario que su contenido sea de posible aplicación.

Y ello es perfectamente posible, si recuerda además que toda Constitución, precisamente por su afán fundacional y de permanencia, no puede entrar a todos los detalles que corresponde a la ley, sino debe asegurar, básicamente, los aspectos más esenciales del Estado que está constituyendo.

Ello así, el carácter propio de la normativa constitucional no es la vaguedad o la imprecisión, sino la concentración. El texto fundamental establece sobriamente los valores esenciales del ordenamiento jurídico y el intérprete, más que llenar lagunas, debe extraer de ese derecho concentrado la regulación concreta a los parámetros de comparación para decidir sobre la constitucionalidad del asunto confrontado.

Entran en juego aquí los valores fundamentales del ordenamiento. Como es ya pacífico en la doctrina, la Constitución tiene como base una determinada concepción del hombre y la sociedad, concepción que da sentido e integra cada precepto dentro de un sistema orgánico y coherente. Los valores fundamentales del ordenamiento son así la clave para interpretar los preceptos constitucionales, permitiendo expandir el parco y concentrado vocabulario constitucional hasta llegar a la verdadera voluntad de la Constitución para cada caso concreto.

Es la misma Ley Fundamental donde deben encontrarse esos valores básicos. En el caso venezolano, hay que prestar atención primordial al preámbulo de la Constitución y a su artículo 2º, que adquieren así una importancia mayúscula a la hora de interpretar el texto fundamental. Estos valores superiores son los que en definitiva aseguran la unidad del ordenamiento jurídico, ordenándolo según una jerarquía de esos mismos valores materiales y estructurándose técnicamente como principios generales del Derecho, que bien son expresamente formulados por la Constitución, como se vio, o que deben ser descubiertos y formulados por el intérprete, normalmente el juez. Así estos valores no son meras declaraciones retóricas, sin contenido real, meros conceptos “programáticos” sin eficacia actual posible, sino “la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación” (García de Enterría).

Estos valores fundamentales, que constituyen las opciones básicas sobre las cuales se articula el Estado- la opción por la democracia, el Estado de Derecho y el respeto a la dignidad humana, por ejemplo- son entonces el modo de interpretar adecuadamente el concentrado derecho constitucional, derivando de él toda su virtualidad y fuerza vinculante, máxima como se vio más arriba. Interpretada a la luz de los principios básicos que ella misma establece, la Constitución alcanza todo su sentido y puede cumplir su función de norma directriz e integradora del todo el ordenamiento jurídico.

Podemos referirnos ahora más en específico a esa función integradora de la Ley Fundamental, que tiene como núcleo el principio de interpretación del ordenamiento jurídico a la luz de la Constitución.

La Ley Fundamental no sólo establece el modo de producción de resto del ordenamiento jurídico fijando, por ejemplo, el procedimiento para dictar leyes, y constituyendo el estándar que ha de juzgar la validez misma de ese orden, sino que también es la guía fundamental y obligatoria para interpretarlo. La lectura del ordenamiento *in harmony with the Constitution* es así uno de los principios básicos de todo sistema jurídico.

Tal principio implica:

-La Constitución constituye el contexto necesario de todo acto normativo, siendo evidentemente un contexto que los excede en significado y jerarquía. Por ello, cuando el artículo 4º del Código Civil ordena atribuir a la ley el sentido evidente del significado de sus palabras, "según la conexión de ellas entre sí", ha de entenderse que esa conexión accede en primerísimo lugar a la propia Constitución.

-Las leyes deben interpretarse de modo que sean conforme con la Constitución, y sólo podrán anularse cuando sea imposible una lectura así. Corolario de este aserto es la prohibición de cualquier interpretación que sea contraria a la Constitución.

-Las normas constitucionales son, así, dominantes frente el resto del ordenamiento a la hora de interpretarlo.

Hemos expuesto así aún someramente, los criterios básicos que permitan leer adecuadamente la Constitución: su valor normativo máximo y director -supremacía; el carácter concentrado de sus preceptos y su función interpretativa e integradora del resto del ordenamiento jurídico.

B. *La interpretación de la Constitución*

La interpretación jurídica, y más si se trata de una Constitución, es un lugar misterioso que ha merecido innumerable doctrina⁶. A los efectos de

⁶ Cf. Francisco Gény, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, 1925; Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, 1984; Gustavo Planchart Manrique.

¿QUÉ INTERPRETACIONES? ¿CUÁN VINCULANTES?

este trabajo, la particularidad de esa operación viene dada por el salto cualitativo y hermenéutico que es la aplicación del Derecho: pasar de la generalidad de la norma a lo concreto del caso. Desde Aristóteles está claro que no hay ciencia de lo particular, por lo que la lectura judicial de las normas es una apuesta en busca de un sentido que en la inmensa mayoría de los casos el legislador no pudo prever. De allí el renovado vigor de las revolucionarias tesis de Gény de principios del siglo XX, prístinamente desarrollados por Kelsen en la Teoría Pura del Derecho⁷: al final, el Derecho es una operación colectiva legislador-juez, donde éste decide entre las varias soluciones justas que le ofrece el ordenamiento, salvo en los rarísimos casos en que esa solución pueda determinarse unívocamente en la norma⁸. De allí que la falacia iluminista de Montesquieu de que el juez era simplemente “la voz de la ley” no tenga ya respaldo alguno: la creación judicial del Derecho es una realidad innegable, no derivada de conceptos más o menos estrafalarios de la politización del Derecho, sino de su misma naturaleza: el salto de lo general a lo particular requiere de la prudencia del juez, que decide dentro del ordenamiento pero que no encuentra en él la respuesta detallada de cada asunto.

Por lo tanto, si esta participación creativa del magistrado es así en toda decisión, alcanzará su cota máxima en la lectura de la Constitución, norma máximamente general cuya concreción en cada caso exige una correspondiente prudencia judicial. El arbitrio del juez constitucional, para no transformarse en arbitrariedad, debe cerciorarse de que su interpretación es válida dentro del marco de la Constitución, que si bien es amplio, contiene también un orden material de valores que hace justas unas soluciones e injustas otras.

Los métodos de realizar esa interpretación son múltiples, catalogados desde los griegos hasta la reciente recuperación de la retórica clásica. Histórico, sistemático, finalista, teleológico y los que se quieran. Siempre que no pretendan sustituir los criterios políticos del legislador, el juez crea Derecho, al menos como colaboración imprescindible para salvar ese abismo semiótico entre regla y realidad.

4. *El carácter político de las normas generales*

Puedo así referirme al primero de los límites de cualquier juez, pero sobre todo del constitucional: nunca el establecimiento de las normas gene-

Reflexiones sobre el control de la constitucionalidad y la interpretación constitucional, 1990; Luis Ortiz-Alvarez, y Jaqueline Lejarza. *Constituciones Latinoamericanas*, 1997; Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación Constitucional*, 1993.

7 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*. Eudeba, Buenos Aires 1977, pp. 163 y ss.

8 Alejandro Nieto, *El arbitro judicial*. Ariel, Madrid, *passim*.

rales será una tarea judicial, salvo en un hipotético e imposible gobierno de jueces que jamás se ha dado en la práctica. El Derecho, el ordenamiento, proviene del soberano, con los límites que le son inherentes. Desde la Revolución Francesa, el soberano es el pueblo, con lo que el test fundamental de la legitimidad de las normas es su origen democrático.

La primera frase de la Constitución es “el pueblo de Venezuela”, que pretende establecer una sociedad “democrática”. Venezuela se constituye como un Estado “democrático” (art. 2); el gobierno es y será siempre “democrático” (art. 6). Concretamente, “la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas” (art. 253). El Derecho viene del pueblo, y es la voluntad democrática quien lo plasma a través de acciones directas como los referendos (arts. 71 y ss) o de sus representantes (art. 5). Salvo los límites a la mayoría que la Constitución establece en protección de los derechos humanos, la primera nota que debe acompañar toda norma jurídica en Venezuela es su carácter democrático.

Esa es la luz fundamental para escrutar los poderes interpretativos de la Sala Constitucional. *Esta no es un órgano democrático*, como no pueden ser los tribunales, sino un órgano de la justicia (art. 2 C), que tiene como misión principal limitar el poder de la mayoría en protección de los derechos de todos, inclusive de las minorías. Esa es la razón fundamental por la que no puede tener un origen popular, sino directamente de la Constitución.

Por otro lado, el carácter no democrático de los tribunales, entre ellos la Sala Constitucional, les impide dictar normas generales. Estas, como ya se vio, requieren de un origen democrático del que carecen los órganos de justicia. La tarea de éstos, caído como está el paradigma positivista de la única solución legal, es ejercer su papel creador de derecho sin usurpar el marco general que las normas de origen democrático le establecen. Por ello la palabra clave de toda la cuestión es “interpretación”, labor que es la única que puede realizar la Sala Constitucional sin usurpar funciones de los Poderes democráticamente electos, el Legislativo y el Ejecutivo.

Interpretar no debe entenderse, luego de disipar la neblina positivista originada en la Ilustración, como una operación mecánica de subsunción de hechos nítidos en normas perfectas, sino como la ardua labor de perfilar lo fáctico y lo jurídico a un tiempo, escogiendo entre las varias soluciones que deja abiertas la norma la que se considere más prudente⁹.

Ese actuar de la Sala Constitucional dentro del área libre de la constitucionalidad es su tarea fundamental, entendiendo por ese límite la libre disposición política de la comunidad sobre sí misma a través de la ley, donde no puede penetrar el juez. Así, el Código Civil fija la mayoría en 18

9 Alejandro Nieto, *Idem*.

¿QUÉ INTERPRETACIONES? ¿CUÁN VINCULANTES?

años (art.18): no podría la Sala Constitucional considerar ese estándar muy alto o muy bajo, pues se trata de criterios claramente políticos y sociales. Pero si en futura reforma se elevara la mayoría a 30 años, la protección de la juventud ordenada por el artículo 79 C, podría llevar a anular esa disposición por menoscabar las posibilidades de desarrollo personal de los jóvenes. Ejemplos abundarían, pero en todo caso la prudencia del juez debe siempre respetar la legítima libertad de la mayoría para autodeterminarse.

5. *Libertad política del legislador*

Puede recurrirse a un argumento adicional. El legislador no se encuentra limitado por un solo esquema político constitucional. Uno de los valores fundamentales del ordenamiento venezolano es el pluralismo político (art. 2 C), dentro del amplio marco constitucional caben soluciones distintas e inclusive contradictorias, a medida que van respondiendo a los cambios en las mayorías. Dentro de los límites constitucionales a la protección de los derechos fundamentales y de la separación de los poderes que está al servicio de esa protección, el libre juego de las fuerzas democráticas a través del sufragio puede llevar al control del Legislativo y del Ejecutivo a grupos con un ideario distinto del anterior: más o menos mercado, más o menos Estado, más o menos descentralización. Esas decisiones políticas que corresponden a los órganos democráticos no pueden ser sustituidas por el arbitrio de la Sala Constitucional. Una mayoría democrática que elimine los delitos de prensa, en casos justificados, por ejemplo, no puede ser coartada por una Sala más propensa a la defensa de la majestad de los funcionarios.

En definitiva, los tribunales, entre ellos la Sala Constitucional, tienen un *déficit de democracia* que les impide sustituirse en las decisiones de los Poderes Públicos democráticamente electos. La prudencia de los magistrados debe saber respetar este principio en aras del pluralismo.

6. *Interpretación "vinculante"*

Establecido ya que la Sala Constitucional debe *interpretar* y no usurpar la libertad política de los órganos democráticamente electos, queda estudiar el alcance de la vinculación a que se refiere el artículo 335 C.

Ya se hizo referencia a lo singular de esta norma en el Derecho comparado. Para analizarla, debe comenzarse por determinar qué es lo vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional. Desde ya debe decirse que para ella misma toda la motivación de la sentencia es de obligatoria aplicación para el resto de los tribunales¹⁰. ¿Es válida esa concepción?

¹⁰ Ver sent. de 12-6-2001, caso *E. Santana*.

Como sabemos, las sentencias judiciales pueden dividirse de acuerdo con la trascendencia de lo dicho: aquello que está directamente vinculado con la decisión dispositiva concreta (*thema decidendum*) y lo demás, que no es necesario para arribar al fallo (*obiter dicta*). Desde el Derecho común medieval hasta la moderna sistemática procesal¹¹ están de acuerdo que los precedentes se forman del *thema decidendum*, mientras que lo dicho de más no es parte de él. El argumento más fuerte a favor de esta tesis tradicional es la existencia de los *votos concurrentes*, es decir, de argumentaciones diferentes e incluso contradictorias de distintos magistrados pero que apuntalan la misma decisión. ¿Cuál es el criterio del tribunal: el de la mayoría –que puede no ser en caso de votos concurrentes- o de los que están de acuerdo con la decisión pero no con los motivos?

Encontramos así un límite muy claro a la vinculación de las decisiones de la Sala Constitucional: lo obligatorio es la decisión, en tanto que consecuencia jurídica de los hechos o normas comparados con la Constitución, y no los motivos que llevaron a ella. Si así fuera, las decisiones de la Sala serían verdaderas leyes e incluso códigos, cayendo en el déficit de democracia de que se habló anteriormente.

En definitiva, el carácter no democrático de la Sala Constitucional impide la usurpación de la libertad política que la Constitución otorga a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, limitándose las potestades de esa Sala a *interpretar* –hallar– y determinar la más plausible solución al caso concreto dentro de esos límites de libertad política concedidos por la Constitución a los órganos legiferantes, sabiendo además que será la decisión concreta de la sentencia, su parte dispositiva, lo único vinculante.

7. Algunos casos particulares

A. Recurso autónomo de interpretación de la Constitución

En decisión de 22-9-2000 (caso *Servio Tulio León Briceño*) la Sala Constitucional afirmó:

“Establecido lo anterior, considera la Sala que cualquiera con interés jurídico actual puede solicitar la interpretación de la ley conforme a las previsiones legales, y también la interpretación de la Constitución, para así obtener una sentencia de mera certeza sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales; acción que sería de igual naturaleza que la de interpretación de la ley.

(...)

11 Cf. Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*. De Palma, Buenos Aires 1997, pp. 426 y ss.; Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*. El Foro, Buenos Aires 1996, Tomo I, p. 283.

¿QUÉ INTERPRETACIONES? ¿CUÁN VINCULANTES?

El recurso de interpretación de las normas y principios constitucionales, no se encuentra regulado en forma especial ni en la vigente Constitución ni en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por lo que en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, deberá ser definido su procedimiento. Sin embargo, considera la Sala que dentro de la facultad interpretativa con carácter vinculante, que le otorga el artículo 335 de la vigente Constitución, y por las razones antes expuestas, puede asumir la interpretación, no solo en los procesos contenciosos que decida, sino también mediante este especial “Recurso de Interpretación”.

El criterio no es sólo jurídicamente válido, sino además necesario. Debe tomarse en cuenta que la Constitución de 1961 fue aprobada por el Congreso de la República (Poder Constituido), el cual no desapareció después de su sanción y era posible que se realizara una interpretación auténtica del texto fundamental por parte de su creador.” (Énfasis añadidos)

La Sala, sin base normativa alguna, ha encontrado fundamento para una acción autónoma de interpretación de la Constitución. Criterio claramente inconstitucional, que convierte a esa Sala ya no en un legislador paralelo, sino en un *constituyente perpetuo*, con lo que el texto fundamental no evolucionaría de acuerdo con las controversias reales que la sociedad le presenta, sino a criterio de sus miembros, no electos ni como legisladores ni mucho menos como constituyentes.

Un recurso autónomo de interpretación, no sólo de la Constitución sino también de la ley, significa una extralimitación de las potestades de cualquier juez, que tiene como única función *resolver conflictos*, y no crear Derecho general sin base en situaciones concretas. Aunque la Sala module este criterio exigiendo un interés actual en el recurrente, nos hallamos en la potencialmente más grave muestra de activismo judicial de la Sala.

B. *Establecimiento de normas procesales*

Las sentencias de la Sala Constitucional de 20-1-2000 (caso *Emery Mata Millán*) y 1-2-2000 (caso *José Amando Mejía*) establecieron respectivamente el reparto de competencias y las reglas procesales del amparo constitucional. Sobre la base de la nueva regulación constitucional de ese remedio judicial (art. 27 C), la Sala se extendió regulando pormenorizadamente los tribunales competentes en la materia y sus reglas de procedimiento.

Con respecto a la competencia, la decisión de la Sala puede reputarse como un prudente ejercicio de interpretación judicial al adaptar el reparto de esa competencia a la nueva organización judicial emanada de la Constitución. La decisión es sobria e innova lo menos posible, haciendo viable el respeto al nuevo derecho a doble instancia y a las atribuciones de sí misma.

En cambio, la creación de un procedimiento completamente nuevo y distinto del establecido en la Ley Orgánica de Amparo representa una usur-

pación de las potestades de la Asamblea Nacional en materia de procedimientos judiciales. La innovación ha podido limitarse, quizás ni siquiera eso era necesario, a algunos ajustes menores de mayor intermediación procesal, pero no a la creación de un juicio oral que era una entre muchas posibilidades abiertas por la norma constitucional.

C. *Limitación y resolución de conflictos entre derechos constitucionales*

La decisión *Elías Santana* de 12-6-2001, significó una intromisión de la Sala en decisiones claramente políticas correspondientes a la Asamblea Nacional en virtud de la reserva legal de la reglamentación de los derechos constitucionales, en este caso a la información veraz. Ese concepto es de sustancia netamente política, salvo su núcleo esencial que es lo único a que ha podido contraerse la decisión. En cambio, reglamenta pormenorizadamente aspectos que además no fueron empleados en la decisión.

La sentencia considera que de la “información veraz” nace el derecho de réplica y rectificación. Es, pues, un deber de diligencia de los comunicadores comprobar la veracidad de lo que informan; se prohíbe tener un número mayoritario de columnistas de una tendencia ideológica. Corresponde a los tribunales establecer cuando una información es o no veraz. Por último, “el derecho a la réplica y a la rectificación no lo tienen ni los medios, ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantienen en ellos columnas o programas”.

Para resolver el asunto no había necesidad de exigir un “equilibrio ideológico” en los columnistas de un medio, medida impracticable por lo ambigua e injusta por cercenar la libertad de opinión de los medios. Sin embargo, ese argumento no fue base de la sentencia, con lo que su valor vinculante es mucho menor: *obiter dicta*.

Con respecto al fundamento del fallo, la generalización le resta autoridad. Negar de plano a las personas vinculadas a los medios el derecho de réplica coloca a los grandes medios en una posición de ventaja frente a quienes se desempeñan en menos populares. ¿Será suficiente una réplica de un columnista de un medio regional contra una eventual información lesiva contenida en uno de alcance nacional?

La libertad de expresión y de comunicación, de ser reguladas, deben serlo por la Asamblea Nacional, representante del pueblo. El TSJ sólo garantiza el núcleo esencial de esos derechos, pero no puede privilegiar unas regulaciones sobre otras, que serían válidas todas dentro del amplio marco constitucional. La sobriedad es la gran virtud del juez: debe decir lo mínimo necesario para justificar el fallo; en el caso *Elías Santana* dijo demasiado.

ANEXOS

I. SENTENCIA N° 1.013 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 12-06-01 QUE DECLARÓ IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE AMPARO INTENTADA POR ELÍAS SANTANA Y LA ASOCIACIÓN CIVIL QUEREMOS ELEGIR CONTRA EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y LA DIRECTORA DEL INSTITUTO AUTÓNOMO RADIO NACIONAL

**TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA CONSTITUCIONAL**

Magistrado-Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

El 9 de octubre de 2000, el ciudadano **ELÍAS SANTANA**, venezolano, mayor de edad, de este domicilio, titular de la cédula de identidad N° 4.349.290, actuando en su propio nombre y en su carácter de Coordinador General de la **ASOCIACIÓN CIVIL QUEREMOS ELEGIR**, asistido por el abogado Alonso Domínguez Torres, de este domicilio, titular de la cédula de identidad N°. 10.800.878, interpuso acción de amparo constitucional “[...] frente a la negativa de los ciudadanos Presidente de la República, Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia, Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, de permitirnos el ejercicio del derecho de réplica respecto de los planteamientos hechos por el conductor del programa radial ‘Alo, Presidente’ en sus emisiones del domingo 27 de agosto y del domingo 3 de septiembre de 2000, cuyo origen de transmisión fue Radio Nacional de Venezuela, y retransmitida por diferentes medios de comunicación radial y televisivo”.

En la misma oportunidad se dio cuenta en Sala y se designó como ponente al Magistrado que, con tal carácter, suscribe el presente fallo. Efectuado el análisis del expediente, pasa la Sala a decidir, previas las consideraciones siguientes:

De la Acción de Amparo

En el escrito contentivo de la acción, el presunto agraviado fundamentó su pretensión de amparo constitucional en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

1. Que el 27 de agosto de 2000, el Presidente de la República, actuando como conductor del programa radial informativo “Alo, Presidente”, emitió informa-

ción inexacta y agravante respecto del ciudadano Elías Santana, hoy accionante, y la asociación civil Queremos Elegir, la cual se encuentra parcialmente transcrita en el escrito libelar, de la siguiente manera:

"...aquí hay un llamado: 'Sociedad civil dispuesta a desobedecer' -dice alguien- ah, Elías Santana. Ese es otro representante de un sector pequeñísimo de la sociedad civil..."

"...Bueno aquí según el diario El Nacional de hoy, dice el señor Elías Santana, a nombre de 'Queremos Elegir' una agrupación, pequeña agrupación, tiene derecho a participar y siempre ha participado, pero no crean que ahora están esponjados y representan a la sociedad civil..."

"... 'Sociedad civil dispuesta a desobedecer' -dice el diario El Nacional atribuyéndole a Elías Santana- 'si es excluida de la designación de autoridades del Poder Ciudadano'. Esto es como una amenaza, suena así como una amenaza, voy a leer textualmente porque esto hay que puntualizar, esto es muy importante, esto es parte del proceso revolucionario y de transición que estamos viviendo: 'Si la Asamblea da un paso -dice Elías Santana- para escoger a dedo al nuevo Fiscal General, al Defensor del Pueblo y a los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, nosotros estaremos esperando para enfrentarla y ahora si sabrán cómo se come la sociedad civil' ..."

"...Resulta Señor Santana, que la sociedad civil, ya lo he dicho, se ha pronunciado aquí en siete repetidas cargas de caballería: 8 de noviembre, 6 de diciembre, 25 de abril, 25 de julio, 15 de diciembre, seis veces y 30 de julio. ¿Quién votó aquí? ¿qué sociedad votó? ¿no fue la sociedad civil? ..."

"...la sociedad civil es la inmensa mayoría de los venezolanos y está con este proceso..."

"...Si la Asamblea Nacional decidiera mañana o pasado mañana que hay que sustituir al Fiscal General de la República o al Contralor General de la República o al Consejo Nacional Electoral, pues la Asamblea Nacional tiene la potestad y para eso se lo dio el proceso Constituyente y la soberanía popular para hacerlo. El que no esté de acuerdo tiene derecho a expresar su voluntad, como lo han hecho, pero nosotros, los que defendemos el proceso, los que lo impulsamos también estamos, no con el derecho, con la obligación de salir a aclararle a nuestro pueblo cómo son las cosas y poner las cosas en su lugar. Así que señor Santana, también le respondo a usted, lo estoy llamando a la batalla, señor Santana. A mí me gusta llamar a la batalla, venga, venga, a mí me gusta. Esto de... esta amenaza de que usted va... si sabrán y va a enfrentarla con la sociedad civil, bueno, señor Santana vamos a hacer una cosa, llame usted a la sociedad civil suya a una esquina y yo llamo a la mía a la otra. Esa no es la idea, porque yo creo que ya basta de estos enfrentamientos, pero yo no estoy dispuesto a abandonar el enfrentamiento si ustedes siguen buscando el enfrentamiento y amenazando con enfrentamiento..."

2. Que en esa misma oportunidad y, de forma simultánea a la trasmisión de las informaciones que la parte accionante denunció como agraviantes, éste procedió a comunicarse vía telefónica con la estación Radio Nacional de Venezuela, a los fines de solicitar la participación directa en el programa y, dada la imposibilidad de comunicarse por esta vía, remitió a la referida estación radial una comunicación escrita vía fax, la cual tampoco obtuvo respuesta; en virtud de lo cual el accionante envió una nueva comunicación solicitando formalmente el ejercicio del derecho a réplica.

3. Que, el 29 de agosto de 2000, el solicitante del amparo, actuando en su propio nombre y en representación de Queremos Elegir, dirigió una comunicación a la ciudadana Teresa Maniglia, Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, solicitando nuevamente el ejercicio del derecho a réplica “[...] a fin de responder los calificativos y las informaciones emitidas por el conductor del programa ‘Aló, Presidente’, en paridad de condiciones; es decir, en similar situación de horario y de cobertura, lo cual sólo es posible en el espacio radial referido”. Narró el actor que en esa misma oportunidad, la Directora de la mencionada emisora radial le manifestó verbalmente que la decisión sobre el ejercicio del derecho a réplica quedaría en manos del conductor del programa “Aló, Presidente” en su carácter de Presidente de la República.

4. En vista de lo anterior, el accionante procedió a enviar una comunicación escrita al Presidente de la República ratificando su solicitud de ejercicio del derecho a réplica, siendo que el 3 de septiembre del año 2000, durante su alocución en el tantas veces referido programa radial, el presunto agravante manifestó su negativa a conceder el derecho a réplica y rectificación solicitado por el accionante.

5. Posteriormente, dado que en la mencionada emisión del programa “Aló, Presidente” se produjeron nuevas informaciones que considera agraviantes, el accionante solicitó mediante comunicación dirigida a la ciudadana Teresa Maniglia, el ejercicio del derecho a réplica, “[...] en vista que el propio ciudadano Presidente estableció que ella era la responsable de otorgar o no el derecho a réplica”.

6. Que el 11 de septiembre de 2000, la prenombrada ciudadana respondió a su solicitud, indicándole que la réplica sería transmitida el día que a tales efectos fije Radio Nacional de Venezuela, a través de sus tres emisoras: Antena Informativa 1050 AM, Antena Popular 630 AM y Canal Clásico 91.1 FM; lo cual, según alega el actor, *“no constituye cumplimiento fiel al mandato constitucional, por dos razones: 1) El programa radial ‘Aló, Presidente’ es transmitido no solamente por las tres estaciones de radio referidas, sino por Venezolana de Televisión; eventualmente por Globovision, y además genera gran expectativa y concentra la atención de la mayoría de los medios de comunicación social en sus diferentes formatos [...] 2) El programa radial ‘Aló, Presidente’ goza de un altísimo rating o índice de audiencia, tal como lo señalara el propio conductor del programa en su emisión de fecha 3 de septiembre de 2000 [...]”*.

7. A su vez, alegó el actor que “[...] si bien la ciudadana Teresa Maniglia en su calidad de directora de Radio Nacional de Venezuela es a quien corresponde, en principio, garantizar el ejercicio del derecho a réplica, de conformidad con la usanza internacional que establece en cabeza de los directores de los medios tal responsabilidad, no menos cierto es que ha quedado plenamente demostrado que la ciudadana Teresa Maniglia recibió órdenes directas del Presidente de la República el día 3 de septiembre, fijándole en cuáles condiciones debía otorgarse la réplica [...]”. Ello lo colige el actor de las afirmaciones esgrimidas por el Presidente de la República, durante la emisión del mencionado programa “Aló, Presidente”, según las cuales no corresponde a éste espacio radial otorgar el derecho a réplica.

8. Finalmente, y en virtud de los hechos narrados, el accionante denunció infringidos sus derechos constitucionales a la réplica y a la rectificación de informaciones inexactas o agraviantes, así como los de la Asociación Civil que representa y, a fin de hacer cesar tal infracción constitucional, solicitó que se le ordene a los presuntos agraviantes la concesión de un lapso de diez minutos de duración en el programa radial “Aló, Presidente”, con el objeto de que el accionante ejerza el derecho de réplica sobre las informaciones que a él y a la asociación civil Queremos Elegir concier-

nan. Asimismo, el accionante expresó que ejercía la presente acción “[...] para hacer valer el derecho que tiene la sociedad toda a la información imparcial, y en definitiva, a formularse una opinión soberana y autónomamente, a partir del conocimiento de las distintas perspectivas que puedan haber sobre un tema determinado [...]”.

De la competencia de esta Sala

Corresponde a esta Sala -en primer término- determinar su competencia para conocer el caso de autos, y al efecto observa que, mediante sentencias de 20 de enero de 2000 (casos: Emery Mata Millán y Domingo Ramírez Monja), esta Sala Constitucional determinó el régimen competencial aplicable en materia de amparo constitucional, a la luz de las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableciendo en dichos fallos que corresponde a esta Sala el conocimiento -en única instancia- de las acciones de amparo a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 8. *“La Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia y mediante aplicación de los lapsos y formalidades previstos en la Ley, (...omissis...) de la acción de amparo contra el hecho, acto u omisión emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República”.*

Así las cosas, siendo que la presente acción ha sido incoada, por una parte, en contra del Presidente de la República, de conformidad con el artículo transcrito y reiterando el criterio expuesto en los fallos señalados **ut supra**, esta Sala es competente para conocer de la presente acción de amparo constitucional. Así se declara.

Por otra parte, observa esta Sala que en el presente caso también ha sido denunciada como agravante la ciudadana Teresa Maniglia, como Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela. A este respecto, debe la Sala aclarar que, si bien tal autoridad no se encuentra incluida dentro de la enumeración de órganos a que se refiere el artículo **ut supra** transcrito, y que por su naturaleza y atribuciones no puede asemejarse a ellas, en el presente caso es necesario establecer un fuero atrayente a favor del órgano de mayor jerarquía, ello con el fin de evitar decisiones que pudieran ser contradictorias por ser tramitadas en distintas oportunidades y ante órganos jurisdiccionales diferentes, salvaguardando así los principios de economía procesal y seguridad jurídica; en virtud de lo cual esta Sala es a su vez competente para conocer las presuntas violaciones constitucionales imputadas a la Directora del mencionado Instituto Autónomo. Así se declara.

Finalmente, visto que el accionante pretende hacer valer a su vez el derecho a la información imparcial, previsto en el artículo 58 de la Carta Fundamental, a favor del colectivo nacional, debe esta Sala ratificar el criterio asentado en sentencia del 30 de junio de 2000 (caso: Defensoría del Pueblo), según el cual esta Sala es competente para conocer de las acciones destinadas a ventilar los derechos e intereses difusos y colectivos, motivo por el cual esta Sala ratifica su competencia. Así se declara.

Consideraciones para decidir

A continuación pasa la Sala a decidir, lo que será doctrina vinculante en la interpretación de los artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental.

La vigente Constitución separa el Derecho a la libre expresión del pensamiento (artículo 57), del Derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, el cual involucra el derecho a la réplica y rectificación por aquellos que se vean afectados por informaciones inexactas o agraviantes (artículo 58).

Se trata de dos derechos diferentes, uno dirigido a garantizar la expresión de las ideas u opiniones, y otro, en beneficio de los ciudadanos, constituido por el derecho de ser informados de manera oportuna, veraz e imparcial y sin censura, por los medios de comunicación, ya que el artículo 58 se refiere a la comunicación. Es en relación con la información comunicacional que surge el derecho a la réplica y a la rectificación, como un derecho de los ciudadanos ante los medios de comunicación en general.

El Derecho a la libre expresión del pensamiento, permite a toda persona expresar libremente su pensamiento, sus ideas u opiniones, bien en forma oral (de viva voz), en lugares públicos o privados; bien por escrito o por cualquier otra forma de expresión (como la artística, o la musical, por ejemplo).

El artículo 57 mencionado, reza:

“Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”.

La norma constitucional autoriza que esa expresión del pensamiento se haga oralmente en círculos privados, en lugares públicos, en mítines, en la docencia, charlas callejeras, mediante altoparlantes, etc; y que igualmente pueda realizarse por escrito mediante hojas volantes, cartas privadas, vallas publicitarias y otras formas de comunicación escrita, artística, científica o técnica (cuadros, esculturas, imágenes, etc).

Además, sea oral, escrita o artística, la libertad de expresión puede realizarse utilizando los medios de comunicación social, escritos, radiofónicos, audiovisuales o de cualquiera otra naturaleza que existan o surjan en el futuro.

Sin embargo, la posibilidad de acudir a los medios de comunicación para expresarse, no es un derecho irrestricto que tiene todo ciudadano para transmitir su pensamiento, ya que cada medio tiene limitaciones de tiempo y espacio, por lo que es el director del mismo quien, en vista de las limitantes señaladas, escoge cuáles ideas, pensamientos u opiniones son comunicables masivamente, lo que restringe el acceso de la libertad de expresión de las personas a través de los medios de comunicación masivos.

Si bien es cierto que la libertad de expresión es irrestricta en el sentido que se puede expresar cualquier pensamiento, concepto, idea u opinión y que, en consecuencia, no puede su emisión ser censurada previamente, impidiendo la divulgación de las manifestaciones generales del pensamiento, de hecho (en la práctica) ella sufre una restricción cuando se pretende utilizar para divulgarla los medios de comunicación masiva, por las razones antes señaladas, al igual que la situación económica de quien quiere expresarse con proyección hacia el público, impide a alguien editar

libros, panfletos, hojas volantes y cualquier medio de comunicación de ideas que implique un gasto. De allí que el artículo 4 de la Ley de Ejercicio del Periodismo, que establece que todos los ciudadanos nacionales o extranjeros puedan expresarse libremente a través de los medios de comunicación social, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las leyes, resulta una norma que no puede interpretarse literalmente.

Surge así una diferencia entre la libertad de expresión, que es en principio irrestricta, y la libertad de comunicación de esa expresión, cuando se hace necesario acudir a vías a las cuales no tiene acceso quien se expresa, sin que le nazca un derecho -derivado de la libertad de expresión- de utilizar coercitivamente la forma de comunicación y difusión que crea más conveniente. Luego, el derecho al "uso de cualquier medio de comunicación o difusión", que otorga a las personas el artículo 57 constitucional, es un derecho relativo, dependiente de la posibilidad real de acceso que se tenga a los medios de comunicación o difusión. Lo que se interpreta de dicha norma es que, en principio, los medios no pueden vetar a nadie para expresarse en ellos, pero que tal actividad depende del tiempo, oportunidad, espacio, etc., que puedan brindarle a las personas para emitir sus pensamientos. Sin embargo, apunta la Sala, que aquellos medios que utilizan servicios, bienes, o derechos concedidos por el Estado, deben prestar una mayor colaboración hacia la sociedad, en beneficio de la libertad de expresión de los ciudadanos.

Por otra parte, si bien es cierto que la libertad de expresión es irrestricta en el sentido que no puede ser impedida por la censura previa oficial (ya que de hecho los medios de comunicación masiva, públicos o privados, limitan lo que se ha de difundir mediante ellos), una vez emitido el pensamiento, la idea o la opinión, el emisor asume plena responsabilidad por todo lo expresado, tal como lo señala el artículo 57 constitucional, y surge así, conforme a la ley, responsabilidad civil, penal, disciplinaria, o de otra índole legal, conforme al daño que cause a los demás la libertad de expresión utilizada ilegalmente.

Puede suceder que, con lo expresado se difame o injurie a alguien (artículos 444 y 446 del Código Penal); o se vilipendie a funcionarios o cuerpos públicos (artículos 223 y 226 del Código Penal); o se ataque la reputación o el honor de las personas, lo que puede constituir un hecho ilícito que origine la reparación de daños materiales y morales, conforme al artículo 1196 del Código Civil; o puede formar parte de una conspiración nacional o internacional, tipificada como delito en el artículo 144 del Código Penal; o puede ser parte de una campaña destinada a fomentar la competencia desleal, o simplemente a causar daños económicos a personas, empresas o instituciones. Éstos y muchos otros delitos y hechos ilícitos pueden producir la "libertad de expresión"; de allí que el artículo 57 constitucional señale que quien ejerce dicho derecho, asume plena responsabilidad por todo lo expresado, responsabilidad, que al menos en materia civil, puede ser compartida, en los casos de comunicación masiva, por el que pudiendo impedir la difusión del hecho dañoso, la permite, convirtiéndose en coautor del hecho ilícito, conforme a lo previsto en el artículo 1.195 del Código Civil. En otras palabras, la libertad de expresión, aunque no está sujeta a censura previa, tiene que respetar los derechos de las demás personas, por lo que su emisión genera responsabilidades ulteriores para el emisor, en muchos casos compartidas con el vehículo de difusión, sobre todo cuando éste se presta a un terrorismo comunicacional, que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones, máxime cuando lo difundido no contiene sino denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas o conceptos.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

De todas maneras, apunta la Sala, que el criterio del **animus injuriandi**, para enjuiciar delitos, debe ponderarlo el juzgador, en concordancia con el derecho a la libertad de expresión, para determinar si la actitud de quien expone sus pensamientos, realmente persigue dañar (como cuando se insulta o arremete sin motivo alguno, o por uno baladí), o es parte de la crítica que se ejerce sobre ciertas situaciones, que por lo regular, involucra políticas públicas y sus protagonistas, tal como lo resaltó sentencia de la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia de fecha 29 de febrero de 2000 (caso: Procter & Gamble de Venezuela C.A.).

Diversas convenciones internacionales que son leyes vigentes en el país, con jerarquía constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la vigente Constitución, señalan responsabilidades derivadas de la libertad de expresión, las cuales deben ser fijadas por la ley.

El artículo 19 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reza:

- “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
- 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.*

Una norma similar, con igual texto, ha sido recogida en el artículo 13-2-b de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otra parte, el artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, es aún más acabado en todos los sentidos, y es del tenor siguiente:

- “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.*
- 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por*

cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma o origen nacional”.*

Consecuencia de las normas citadas, todas de rango constitucional, es que la libertad de expresión genera responsabilidades, que deben ser expresamente fijadas por la ley, y que deben asegurar:

El respeto a los derechos o a la reputación de los demás (artículos 444 y 446 del Código Penal, 1196 del Código Civil, por ejemplo).

La protección de la seguridad nacional (artículo 144 del Código Penal), el orden público, o la salud o la moral pública.

La protección moral de la infancia y la adolescencia (ver Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente).

Una serie de delitos y hechos ilícitos que pudieran cometerse mediante la libertad de expresión, irrespetando los derechos de los demás, originarían por tanto responsabilidades ulteriores a quienes se expresan, y los perjuicios a las personas derivadas de la libertad de expresión, no dependen de su difusión, sino del hecho de la expresión irrespetuosa.

Son muchos los casos de personas absueltas de un delito, a quienes se les sigue calificando de homicidas, narcotraficantes, corruptos y otros epítetos semejantes, sometiéndolos al escarnio público en franca violación de sus derechos humanos, creando tensiones y daños familiares (que a veces atentan contra el interés del niño y el adolescente, o contra la mujer y la familia, tipificados estos últimos, como violencia psicológica, en el artículo 6 de la Ley sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia).

En relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está previsto en ninguna de las normas comentadas, el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella, y los daños que cause o los delitos que cometa por lo expresado (en público o en privado) darán lugar a las acciones penales, civiles o de otra naturaleza a que haya lugar.

Lo que sí sostienen las normas transcritas es que el derecho previsto en el artículo 57 constitucional no puede estar sujeto a censura previa (ni directa ni indirecta); pero hay materias donde, a pesar de dicha prohibición, antes de su publicación puede impedirse la difusión de ideas, conceptos, etc., si ocurre una infracción del citado artículo 57 constitucional, ya que éste prohíbe el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promueven la intolerancia religiosa; prohibición también recogida en el numeral 5 del artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José) y en el artículo 20 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para que estos mensajes dañosos y expresiones anónimas puedan llevarse adelante, se necesita de la utilización de sistemas de difusión escritos, sonoros (altoparlantes, por ejemplo), radiofónicos, visuales o audiovisuales y, ante la infracción del

artículo 57 aludido así como de las otras normas citadas, es el amparo constitucional la vía para que dichas disposiciones se cumplan, y se restablezca la situación jurídica lesionada o amenazada por estas transgresiones.

Igualmente, será el amparo constitucional la vía para impedir la censura previa tanto oficial como privada (boicots); o cuando, como resultado de ella, se mutilen antes de publicarlas, expresiones del pensamiento, o se les tergiverse haciéndolas perder el sentido (lo que igualmente se logra mediante la edición de unas declaraciones, que las tergiversa o mutila), por lo que la situación jurídica del emisor del pensamiento se restablece ordenando su publicación tal como fue expresado.

Apunta la Sala que la Ley puede ordenar y crear mecanismos tendientes a impedir que sean difundidos anónimos, propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o que promuevan la intolerancia religiosa, y que ello no constituiría censura, sino cumplimiento de la prohibición contenida en el artículo 57 constitucional. Igualmente, la ley puede prohibir la circulación de expresiones del pensamiento que atenten contra otros derechos constitucionales, como son, por ejemplo, los relativos al interés superior del niño (artículo 75 de la vigente Constitución), previstos en el artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 67 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

No constituyen formas indirectas de censura, las tasas impositivas que se impongan -en igualdad de condiciones- a las empresas editoriales, ni las normas sobre concesiones de bienes del dominio público (espacio radioeléctrico), ni las disposiciones legales que permitan medidas preventivas sobre programas comunicacionales, obras contentivas de expresiones del pensamiento, etc, tal como las previstas en la Ley sobre el Derecho de Autor, ni las limitaciones al principio de publicidad del proceso; estas últimas más cónsonas con el derecho a la información.

El artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desarrolla otro concepto distinto al anterior, el del Derecho a la Información, el cual está íntimamente ligado al de la libertad de expresión, ya que las ideas, pensamientos y opiniones a emitirse se forman con base en la información. El derecho a la información es un derecho de las personas que se adelanta, entre otras formas de adquirirlo, por los medios de comunicación; de allí que, en el choque de este derecho con otros de raíz constitucional, el juez debe ponderar el conflicto de intereses entre el derecho de las personas a estar informados y los otros derechos que pudieran transgredirse, utilizando para ello criterios de proporcionalidad y razonabilidad para determinar cual debe prevalecer.

Pero este último derecho no está referido únicamente a la transmisión de expresiones del pensamiento como conceptos, ideas u opiniones, sino a la propagación de noticias del acontecer diario en el mundo, en el país o en una región del mismo; a la entrevista periodística, al reportaje, a la ilustración fotográfica o visual, tal como lo previene el artículo 3 de la Ley de Ejercicio del Periodismo.

Es la información del suceso y de sus consecuencias una función básicamente periodística, que se ejerce, no en forma clandestina sino pública, por los medios de comunicación social de circulación diaria o periódica, sean ellos escritos, radiales, visuales, audiovisuales o de otra clase.

El artículo 58 citado preferentemente trata la noticia periodística, realizada mediante imágenes, sonidos o escritos, y que trata las informaciones de todo tipo.

El artículo 58 **eiusdem** no se refiere a las obras sujetas a los derechos de autor en sentido lato (libros, cuadros, etc), que se corresponden con el ejercicio de la liber-

SENTENCIA 1.013

tad de expresión, sino a la información de noticias, que no es otra cosa que el suceso (actual o pasado, o sus proyecciones futuras) transmitido a la colectividad por los medios de comunicación social (lo que hasta podría realizarse mediante pantallas públicas de información, por ejemplo), que también incluye a los anuncios que la ley ordena se difundan y a la publicidad en general, la cual no es **per se** una información de noticias, pero sí sobre la existencia y cualidades de bienes y servicios de toda clase al alcance del público, las cuales no deben ser engañosas a tenor del artículo 117 constitucional.

El manejo masivo de la noticia, que permite a la persona ejercer el derecho a la información oportuna, puede efectuarse por instituciones públicas o privadas, siendo por lo regular estas últimas empresas mercantiles, con fines de lucro, que realizan actos de comercio a tenor del artículo 2° del Código de Comercio, las cuales escogen a dedo, conforme a sus conveniencias, a sus periodistas y colaboradores, y que presentan, junto con las noticias y la publicidad, artículos de opinión, emanados o no de periodistas, entre los que se encuentran los editoriales de la prensa de todo tipo, siendo –por lo tanto– las empresas o instituciones de comunicación masiva, un medio para difundir noticias (informaciones) y opiniones, muchas de las cuales se insertan más en los cánones publicitarios que en el ejercicio de la libertad de expresión **strictu sensu**, ya que lo que buscan es vender bienes o servicios de manera interesada, más que expresar ideas, conceptos o pensamientos con fines no comerciales. Muchas veces estas opiniones que difunden los medios se basan en sucesos (hechos) a los cuales se remiten, y no es raro que tales opiniones (incluso adversas) estén destinadas a dar publicidad a un personaje, y sean parte de una trama para ese fin.

La información es un derivado de la libertad de expresión, pero por su especificidad y autonomía, la trató aparte el Constituyente, sobre todo al tomar en cuenta la existencia de los medios de comunicación, ya que la información se comunica y, de no ser así, prácticamente no existiría. La información clandestina no pasa de ser el chisme, el rumor o la intriga, a nivel personal y no masivo.

Esta autonomía de la libertad de información, con respecto a la libertad de expresión, ya la había reconocido el Tribunal Constitucional Español en el caso Vinader (105/83).

Sin embargo, la información (la noticia o la publicidad), efectuada por los medios capaces de difundirla a nivel constitucional, debe ser oportuna, veraz, imparcial, sin censura y ceñida a los principios constitucionales (artículo 58 **eiusdem**), y la violación de esos mandatos que rigen la noticia y la publicidad, hace nacer derechos en toda persona para obrar en su propio nombre si la noticia no se amoldó a dichos principios. Igualmente la comunicación (pública) comporta tanto en el comunicador como en el director o editor del medio, las responsabilidades que indique la ley, como lo señala expresamente el artículo 58 constitucional, y el artículo 14 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José.

Ello tiene que ser así, desde el momento que las fuentes de información de los periodistas son secretas por mandato constitucional (artículo 28 de la Carta Fundamental) y legal (artículo 8 de la Ley de Ejercicio del Periodismo). En consecuencia, los dislates periodísticos que atentan contra el derecho de los demás y contra el artículo 58 constitucional, generan responsabilidades legales de los editores o de quienes los publican, al no tener la víctima acceso a la fuente de la noticia que lo agravia. Pero además de estas acciones, y sin que sean excluyentes, las personas tienen el derecho

de réplica y rectificación cuando se vean afectados por informaciones inexactas o agraviantes.

Los medios de comunicación, al permitir a las personas estar informados, satisfaciéndoles su derecho, en cuanto a esa información o noticia actúan en dos planos: uno general, donde deben emitir información veraz, oportuna e imparcial, donde se evita la difusión de la noticia falsa, o manipulada con medias verdades; de la desinformación que niega la oportunidad de conocer la realidad de la noticia; o de la conjetura o información parcializada para lograr un fin específico contra algo o alguien. Este derecho constitucional, a favor de toda persona, crea en los medios la obligación de información veraz, oportuna e imparcial, que da derecho a réplica o rectificación, el cual puede ejercerse mediante un amparo, si la situación jurídica de la persona se ve afectada por la información inexacta (así no esté referido a ella), que le impide recibir y difundir informaciones o ideas que le permitan ejercer correctamente su derecho a la libertad de pensamiento o expresión.

Se trata, según el artículo 58 constitucional, de un derecho individual (la norma prevé que la persona se vea afectado directamente), y no colectivo. Sin embargo, y conforme a lo expuesto por esta Sala en sentencia del 31 de agosto de 2000 (caso: William Ojeda Orozco), será posible incoar acciones para ejercer derechos e intereses difusos, cuando la publicidad atente contra la calidad de la vida, cuando la comunicación deja de ser plural, o cuando no contribuyan a la formación ciudadana (artículo 108 constitucional).

En este plano como lo señalara el Tribunal Constitucional Español en fallo del 19 de abril de 1993, *“el requisito de la veracidad condiciona el ejercicio de la libertad de información, imponiendo al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales, que no se cumple con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones indeterminadas a fuentes anónimas o genéricas, como las policiales, y sin que ello suponga que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información, dejándola reducida a un conjunto de rumores deshonorosos e insinuaciones vejatorias o meras opiniones gratuitas que no merecen protección constitucional”*.

La doctrina transcrita, que hace suya esta Sala, que ha sido tomado de la obra *Jurisprudencia Constitucional 1981-1995*, de Tomás Gui Mori (Edit. Civitas S.A Madrid 1957 p. 1976), es clave para el manejo del alcance de la libertad de información y las responsabilidades que el abuso de la misma puede generar, así como para delinear los derechos y acciones que tienen las personas.

Resulta un abuso de los medios, que contraría la libertad de información, emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas, pensamientos, juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable. De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado.

También es un atentado a la información veraz e imparcial tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros, mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores.

Tales actitudes permiten, a quien se sienta minimizado en su derecho a estar informado correctamente, incoar las acciones tendientes a que se le informe debidamente, lo que, en puridad de principios, no corresponde ni a un derecho de réplica ni de rectificación, sino más bien a un amparo, por transgresión directa de los derechos que le atribuye a las personas, el artículo 58 constitucional.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, al respecto ha señalado: *“una información inexacta no constituye un objeto digno de protección, porque no puede servir a la correcta formación de la opinión postulada por el Derecho Constitucional”* (Tomado de la obra *“Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales.”* Centro Estudios Constitucionales. Madrid. 1984).

El otro plano es particular. Está referido a las personas que se ven afectadas por informaciones inexactas o agraviantes o que atentan contra sus derechos humanos, contra su dignidad o contra derechos constitucionales que les corresponden, quienes, hasta ahora, no reciben ningún apoyo de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a los derechos humanos, cuando su dignidad, el desenvolvimiento de la personalidad, el honor, la reputación, la vida privada, la intimidad, la presunción de inocencia y otros valores constitucionales se ven vulnerados por los medios de comunicación social.

En este último plano nacen, para las personas agraviadas, varios derechos distintos: uno, establecido en el artículo 58 constitucional, cual es el derecho a réplica y rectificación; otro, que también dimana de dicha norma, así como del artículo 14 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cual es obtener reparación (responsabilidad civil) por los perjuicios que le causaren, los cuales incluyen la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas, ya que si el Estado la tiene, conforme al artículo 30 constitucional, los victimarios particulares también tienen dicha obligación, aunque el juez siempre debe conciliar el derecho que tienen las personas a estar informados, con los otros derechos humanos que se infringen al reclamante.

Esto último lo resaltó la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo, en fallo de 29 de febrero de 2000, donde analizó la responsabilidad penal de los periodistas y editores (que sería otro derecho de los agraviados, el de querellarse), y señaló: *“En los Estados Unidos de América, donde la prensa y los medios de comunicación en general han alcanzado la más elevada potencialidad, la jurisprudencia ha establecido hace décadas la doctrina de la “Real Malicia”, en lo concerniente a la responsabilidad de dichos medios. Consiste esa doctrina en no hallar responsabilidad penal o civil para los periodistas, aunque lo que comuniquen sea incierto, con excepción de cuando actúen a sabiendas de la falta de veracidad”*.

Hay falta de veracidad, cuando no se corresponden los hechos y circunstancias difundidas, con los elementos esenciales (no totales) de la realidad.

Cuando la información ha sido supuestamente contrastada por el medio antes de su divulgación, aunque tenga errores o inexactitudes, la información puede considerarse veraz, ya que tiene una correspondencia básica con la realidad, y no puede exigirse a quien busca la información, que va a beneficiar a las personas que tienen el derecho a ella, una meticulosidad y exactitud que choca con la rapidez sobre la captura de la noticia, con la dificultad de comprobar la fiabilidad de la fuente de la misma (la cual muchas veces es oficial) o con las circunstancias -a veces oscuras- como sucede con los hechos que interesan al público, etc.

Corresponde a la jurisprudencia, en cada caso, determinar si hubo o no una investigación suficiente sobre la veracidad de lo publicado, como noticia, o como base de una opinión. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español, en fallo de 1988, citado por Rubio Llorente en su obra *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales* (Edit. Ariel Derecho, 1995, p. 208), sentó: *“Cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ no está tanto privado de protección a las informaciones que pueden resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio– cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la ‘verdad’ como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía sería el silencio. (STC6/1988, FJ 5.º). Véase también SSTC 171/1990, FJ 8.º, 143/1991, FJ 6.º, 15/1993, FJ.2.º”*.

El mismo Tribunal en sentencia de 1990 (Rubio Llorente, ob. cit., p. 208), expresó: *“(…) la veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, puesto que su operatividad excluyente de la antijuricidad de las intromisiones en el honor e intimidad de las personas es muy distinta, según que se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte al derecho al honor o a la intimidad (…). El deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador (…). Entendido así el requisito de la veracidad, es de especial importancia distinguir entre pensamientos, ideas, opiniones y juicios de valor, de un lado, y hechos, del otro, puesto que tal distinción delimita teóricamente el respectivo contenido de los derechos de libre expresión e información, siendo propio de este último la recepción y comunicación de hechos (…). (Ahora bien, la) mezcla de descripción de hechos y opiniones, que ordinariamente se produce en las informaciones, determina que la veracidad despliegue sus efectos legitimadores en relación con los hechos, pero no respecto de las opiniones que los acompañen o valoraciones que de los mismos se hagan, puesto que las opiniones, creencias personales o juicios de valor no son susceptibles de verificación y ello determina que el ámbito de protección del derecho de información quede delimitado, respecto de esos elementos valorativos, por la ausencia de expresiones injuriosas, que resulten innecesarias para el juicio crítico, careciendo de sentido alguno introducir, en tales supuestos, el elemento de veracidad, puesto que, en todo caso, las expresiones literalmente vejatorias o insultantes quedan siempre fuera del ámbito protector del derecho de información. También merece distinto tratamiento el requisito de la veracidad, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido inverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su*

comunicación a al opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa. (STC 172/1990, FJ 3.º)".

El derecho a la información, de esencia constitucional, debe ponderarse cuando debe prevalecer sobre otros derechos constitucionales de las personas, pero estos tendrán primacía, cuando la información no es veraz, por falsa, o por falta de investigación básica del medio que la pública o la utiliza.

En el ámbito penal, esto lo tomó en cuenta el fallo de 29 de febrero de 2000 de la Sala de Casación Penal, antes aludido, el cual agregó: "Las informaciones suministradas en los medios de comunicación y por los periodistas en principio, no llegan a ser delictuosas (difamación e injuria) porque se consideran expuestas con un "**animus narrandi**" o intención de narrar, informar o comunicar".

Dichas informaciones pueden ser erradas, y conculcarían los derechos personales de naturaleza constitucional, cuando se difunden con conocimiento de que eran falsas o con indiferencia temeraria acerca de si la afirmación era falsa o no. Esto es lo que la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso *New York Times vs Sullivan* (citado por Rafael Saraza Jimena en su obra *Libertad de Expresión e Información Frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Aranzadi Editorial. 1995); llamó la "actual malice" o malicia real.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (extraída de la obra de Saraza Jimena citado) no ha considerado ilegítima la intromisión en los derechos fundamentales de la personalidad, cuando el error era inevitable, o intrascendente, o que no es absolutamente inveraz, o que ha habido pronta corrección o rectificación posterior por el medio.

Se trata, a título enunciativo, de señalar razones que otorgan la tuición constitucional a informaciones erróneas, sin que se considere por ello, que hay menoscabo a derechos de la personalidad.

Sin embargo, a juicio de esta Sala, la información siempre genera responsabilidad civil, cuando ella por falsa o inexacta daña a las personas, y el medio no realizó actividad periodística razonable para confirmarla.

Igualmente, el ejercicio de la libertad de expresión y en cierta forma el de la libertad de información a ello unida, admite opiniones y valoraciones críticas de los hechos noticiosos que se comunican, incluso con el empleo de expresiones molestas, hirientes o excesos terminológicos, siempre que los mismos no constituyan insultos o descalificaciones fuera de discurso, desconectadas o innecesarias con el tema objeto de opinión o información; ni de expresiones hirientes, insidiosas o vejatorias sin conexión con el tema objeto de información u opinión, o innecesarias para la formación de la opinión pública, ni cuando se trata de expresiones injuriosas que exteriorizan sentimientos personales ajenos a la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre y responsable. No puede existir un insulto constitucionalmente protegido, y ellos, carecen de cobertura constitucional.

El artículo 58 constitucional, reza:

"La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

Mientras que el artículo 14 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José, señala:

“1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.”

Nace a nivel constitucional para las personas agraviadas por la información, un derecho de réplica (respuesta) y de rectificación; pero tal derecho no lo tienen ni los medios, ni a quienes en ellos se expresan, ya que, repite la Sala, el derecho a réplica y rectificación no ha sido concedido sino a quienes reciben la información y no a quien la suministra.

El artículo 14 citado, señala que la respuesta o la rectificación se efectuará por el mismo órgano de difusión, que produjo la información inexacta o agravante, en las condiciones que establezca la ley.

La ley, que no es otra que la Ley de Ejercicio del Periodismo, en su artículo 9 señala: *“Toda tergiversación o ausencia de veracidad en la información debe ser ratificada oportuna y eficientemente. El periodista está obligado a rectificar y la empresa a dar cabida a tal rectificación o a la aclaratoria que formule el afectado”.*

No pautó la norma cómo se hará la respuesta o la rectificación, si en la misma página, programa, emisión, etc., donde se difundió la noticia; pero lo que sí está claro es que el obligado a hacerlo es el periodista o la empresa periodística, que claro está podrá agregar lo que verazmente le excluya la responsabilidad, como un aditamento hacia sus lectores u oyentes.

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Ejercicio del Periodismo, son los periodistas los que deben el derecho a réplica o rectificación, pero ellos no lo tienen en el sentido señalado en dicho artículo.

La razón para ello radica en que el medio de difusión, siempre puede contestar (replicar) o rectificar la noticia inexacta o agravante que sobre él, sus periodistas o colaboradores, haya sido difundida en otro medio.

Por otra parte, no es el derecho a réplica o rectificación un derecho dirigido a refutar opiniones o a mantener una diatriba pública, ya que tal cuestión, por estar dirigida a personas indeterminadas, haría infinita la discusión sin que se pudiera medir con exactitud quien convenció al público. Ello no excluye las discusiones públicas, pero estas no forman parte del derecho de réplica o rectificación.

Estos derechos a la réplica y la rectificación, solo los puede utilizar la persona directamente afectada por la información, así esta se encuentre contenida en un artículo de opinión o un remitido, y siempre que estos sean inexactos o agraviantes (artículo 58 constitucional).

SENTENCIA 1.013

La primera causa para ello, cual es la inexactitud en la información, obliga a quien pide la rectificación o la réplica, a convencer al medio de tal inexactitud, a justificar los elementos en que basa su solicitud, no bastando para ello la sola afirmación de quien ejerce el derecho, de que la información es falsa o inexacta.

Si a pesar de los argumentos que demuestran la inexactitud o falsedad, el medio se niega a publicar la respuesta o a rectificar, las vías jurisdiccionales, entre ellos el amparo, están abiertas para la víctima, donde tendrá la carga de demostrar su afirmación.

La información agravante, es aquella que lesiona la dignidad, el honor, la reputación, la imagen, la vida privada o íntima, de las personas, exponiéndolas al desprecio público, que puede dañarlas moral o económicamente, y que resulta de una imputación que no se corresponde con la realidad, o que no atiende a la situación actual en que se encuentra una persona. Se trata de imputarle o endilgarle hechos o calificativos que no son congruentes con la situación fáctica o jurídica del agraviado. Ante tal información, nace en la "víctima" el derecho a que se rectifique, o a dar respuesta contraria a lo que se le imputa, y en ambos casos, el amparo constitucional podría ser la acción que concretaría la protección a los derechos que le otorga el artículo 58 comentado, si se niega la réplica o la rectificación.

Cuando lo que se imputa, es una opinión sin base en hechos que la sustenten, a juicio de esta Sala no hay información que desvirtuar, sino la vía de las acciones ordinarias existentes o que creare la ley.

En el conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos de la personalidad, el juez tiene que ponderar los derechos en conflicto, dándole un valor prevalente a los derechos a la libertad de expresión e información en su colisión con los derechos de personalidad, también fundamentales, siempre que aquellos se refieran a hechos o personas con relevancia pública, o estén destinados a la formación y existencia de una opinión pública libre, o no vacíen de contenido a los derechos de la personalidad, o dichas libertades se ejecuten conforme a su naturaleza y función constitucional, o si se trata de información, que ella sea veraz. Corresponderá a la jurisprudencia en cada caso realizar la ponderación y analizar los conceptos de relevancia pública y veracidad de la información.

En el caso que ocupa a la Sala, se observa que tanto los diarios El Nacional, por ejemplo, en su editorial titulado "Ya Basta", así como "El Universal" han disendido de opiniones adversas que sobre ellos ha emitido por televisión o radio el Presidente de la República, y esa disensión se ha llevado adelante por medio de Editoriales publicados en ambos diarios. A juicio de esta Sala, ello demuestra cómo el medio escrito, en el caso de estos ejemplos, pero podría ser en cualquiera otro, puede contestar, contrastar opiniones o informaciones, etc., sin necesidad de acceder al otro medio donde se originó la opinión (o la noticia adversa), ya que su carácter de medio de comunicación social, le permite la proyección pública de la cual carecen los particulares.

Por ello, considera la Sala, que el derecho a la réplica y a la rectificación no lo tienen ni los medios, ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantienen en ellos columnas o programas, ni quienes mediante "remitidos" suscitan una reacción en contra. Se trata de un derecho concedido a quienes se ven afectados por la información de los medios, y que carecen de canales públicos para contestar o dar su versión de la noticia.

Quien publica un remitido en un medio, si un interesado le contesta en otro medio, no puede pretender (quien publicó el primero) le den gratis un espacio en el segundo medio para contrareplicar, ya que los remitidos no forman parte del periodismo de información al cual se refiere el artículo 58 comentado; pero tampoco pueden los periodistas, directores y editores de medios de comunicación, pretender que en otro medio se le permita responder lo que en el se haya difundido y consideren los perjudica, ya que estarían utilizando innecesariamente un espacio, cuando muy bien ellos, utilizando sus canales de difusión escritos, orales o audiovisuales, pueden hacerlo.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el caso “Richard Schmid vs Der Spiegel” expuso: *“las declaraciones publicadas en la prensa, formuladas como réplica a un ataque en la prensa y a su impacto en la opinión pública, caían bajo el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión...”* (Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Ob at p 359), considerando como réplica, la respuesta dada en otro medio distinto al agravante.

Dentro de ese orden de ideas, el ciudadano Elías Santana, quien tiene en el diario El Nacional una columna semanal, pretende refutar al Presidente de la República, por la vía de la réplica, en relación con unas opiniones dadas por éste que, sobre la popularidad de ambos ciudadanos (Santana y él), emitió el Presidente en el programa “Aló, Presidente”.

Considera la Sala que si Elías Santana o la Asociación Civil Queremos Elegir creen que han sido agraviados por el Presidente de la República, pueden ejercer las acciones que sean procedentes, pero que al ser un periodista con una columna fija en el diario El Nacional (El Ombudsman), y un programa radial diario “Santana Total”, en Radio Capital, quien pide el derecho de réplica en su propio nombre y en el de la persona jurídica de la cual es vocero y por quien habla, carece de derecho a réplica o rectificación alguno, ya que lo que crea conveniente contestar al Presidente puede hacerlo, tanto en su columna como en el diario donde la tiene, que además es un periódico de circulación nacional, o en el programa radial, sin que pueda hacerse para estos fines una separación entre su persona y la de la Asociación Civil Queremos Elegir, por quien también actúa, ya que él es el vocero de tal Asociación. Según lo transcrito en el escrito de amparo, reproducido en este fallo, en las declaraciones que los actores atribuyen al Presidente de la República, éste se refirió a su vez a declaraciones del Sr. Elías Santana, expuestas en el diario donde escribe, emitidas a nombre propio y de la Asociación Queremos Elegir, la cual por lo regular es representada por el Sr. Santana, quien se expresa en su nombre. En casos como éstos, en que en la persona de un columnista o periodista de un medio de comunicación, se confunde en él la representación de una persona jurídica, que también constantemente declara en los periódicos por medio del periodista o columnista, situación que conoce la Sala por tratarse de hechos notorios comunicacionales, mal puede existir una dicotomía que otorgue un derecho de réplica o rectificación especial para su representada.

Además, apunta la Sala, que los hechos que se imputan al Presidente de la República para solicitar el derecho a réplica, no constituyen informaciones inexactas o agravantes que se endilguen a los actores, sino se trata de opiniones, que se centran en la popularidad que dice tener el Presidente comparada con la de los actores, así como en una actitud amenazante que colige el Presidente de lo expresado por los accionantes, y que mal podrían originar el derecho a réplica o rectificación contenido en el artículo 58 constitucional, y así se declara.

SENTENCIA 1.013

Es más, lo que pretenden los accionantes no es el ejercicio del derecho de réplica, ya que fue a ellos a quienes les contestó el Presidente, sino el de sostener una discusión pública, para lo que no es necesario, para el columnista, acudir al artículo 58 constitucional.

Igualmente consta en autos que, a los accionantes, Radio Nacional de Venezuela les otorgó el derecho a réplica que ahora solicitan, pero que éstos, sin base legal alguna, quisieron imponer al medio las condiciones de ejercicio del derecho, lo que equivale a obligar a un medio, que por ejemplo, publicó una noticia en primera página, a publicar en esa misma página la respuesta o la rectificación; proceder que no aparece en las leyes citadas en este fallo.

Consecuencia de lo anteriormente expuesto, es que al no tener el ciudadano Elías Santana, ni su representada la Asociación Civil Queremos Elegir, el derecho a réplica que solicitó por la vía de amparo, debe declararse improcedente **in limine litis** el amparo incoado, y así se declara.

Decisión

Por los razonamientos antes expuestos, este tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **IMPROCEDENTE in limine litis** el amparo incoado por Elías Santana, actuando en su propio nombre y en representación de la Asociación Civil Queremos Elegir “[...] frente a la negativa de los ciudadanos Presidente de la República, Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia, Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, de permitirnos el ejercicio del derecho de réplica respecto de los planteamientos hechos por el conductor del programa radial ‘Aló, Presidente’ en sus emisiones del domingo 27 de agosto y del domingo 3 de septiembre de 2000, cuyo origen de transmisión fue Radio Nacional de Venezuela, y retransmitida por diferentes medios de comunicación radial y televisivo”.

Publíquese y regístrese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los 12 días del mes de JUNIO de dos mil uno (2001). Años: 191° de la Independencia y 142° de la Federación.

El Presidente de la Sala,
Iván Rincón Urdaneta

El Vicepresidente,
Jesús Eduardo Cabrera Romero
Ponente

Los Magistrados,

José Manuel Delgado Ocando

Antonio José García García

Pedro Rafael Rondón Haaz

El Secretario,
JOSÉ LEONARDO REQUENA
JECR/
Exp. 00-2760

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

II. SENTENCIA N° 1.309 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 19-07-01 QUE DECLARÓ IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 57 Y 58 DE LA CONSTITUCIÓN INTERPUESTA POR HERMÁN ESCARRÁ

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrado-Ponente: **JOSÉ M. DELGADO OCANDO**

Mediante escrito presentado el 22 de junio de 2001, el ciudadano **HERMANN ESCARRÁ**, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad n° 3.820.195, actuando en su propio nombre, interpuso, de conformidad con el artículo 266.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 334 y 335 del mismo texto, Acción de Interpretación Constitucional, respecto al alcance, interpretación uniforme y aplicación de las normas contenidas en los artículos 57 y 58 de la Carta Magna, referidos a los derechos a la libre expresión, a la información, de réplica y de rectificación.

En el mismo día se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado doctor José M. Delgado Ocando, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

Realizado el estudio del mismo, pasa la Sala a decidir, previas las siguientes consideraciones:

I

DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN

Los siguientes son los señalamientos y argumentos esgrimidos por el accionante.

1.- En cuanto las normas objeto de la presente acción, el ciudadano Hermann Escarrá señala a los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El texto de los mismos es el siguiente:

1.1. Artículo 57:

“Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”.

1.2. Artículo 58:

“La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna,

veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

2.- Afirmó el accionante, que el artículo 57 concuerda intraconstitucionalmente con los artículos 28, 143 y 281 del Texto Fundamental, relativos a la información y el derecho de acceso a la misma, a la información administrativa y al acceso a los documentos oficiales y a las atribuciones del Defensor del Pueblo, respectivamente.

El artículo 58, por su parte, estaría relacionado con los artículos 108 y 143 *eiusdem*, referidos, el primero, a los medios de comunicación social y formación ciudadana y el segundo, al derecho a la información administrativa y al acceso a los documentos oficiales.

Señala que el antecedente de los artículos sujetos a interpretación es el artículo 66 de la Constitución de 1961. Aludió, además, al tratamiento que le fue dado a la libertad de expresión e información en el proyecto de reforma general de la Constitución de 1961, así como el proyecto presentado por el actual Presidente de la República a la Asamblea Nacional Constituyente.

Citó la propuesta presentada por la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, contenida en el anteproyecto de Constitución. Asimismo, hizo referencia a la sesión de 23 de octubre de 1999 de dicho organismo, en la cual fueron discutidos los mencionados artículos, respecto de cuya redacción fueron presentados algunos votos salvados. De todo ello concluye que el debate para la elaboración de las normas referidas estuvo atento al principio de *favor libertatis*, lo que evitó que en esa fase preconstitucional no sobrevivieron restricciones a la libertad de expresión.

Luego de hacer breves reseñas de la línea que han adoptado diversas constituciones americanas y europeas respecto a la libertad de expresión y al derecho de información, destacó el contenido del artículo 37 de la Constitución portuguesa, el cual prescribe que todos tienen derecho a expresar y divulgar libremente su pensamiento mediante la palabra, la imagen o cualquier otro medio, así como el derecho a informar, a informarse y a ser informado, sin impedimentos ni discriminaciones. Dicho texto, a decir del accionante, proscribiera cualquier forma de censura, garantiza la libertad de prensa, consagra la libertad de expresión y de creación de los periodistas y colaboradores, así como la intervención de los periodistas en la orientación editorial, consagra los derechos de los periodistas, incluyendo el derecho a elegir los consejos de redacción y el derecho a fundar periódicos.

3.- Señala, por otra parte, que la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, consagra en su artículo 18 el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y, en el 19, proclama que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión.

A su vez, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General del organismo mencionado poco antes, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagran la libertad de pensamiento y de expresión. En el último instrumento citado se habría establecido el derecho de rectificación o res-

puesta, conforme al cual toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tendría derecho a efectuar, por el mismo órgano de difusión, su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

Refiere que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó, en su centésimo octavo período ordinario de sesiones, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, la cual establece, entre otras cosas, que las llamadas *leyes de desacato*, es decir, aquellas que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos, atentan contra la libertad de expresión y contra el derecho a la información.

Alega que la libertad de expresión es un derecho fundamental para la consolidación y desarrollo de la democracia, reconocido en los instrumentos normativos antes citados. Pese a que no es un derecho absoluto, pues acusa restricciones, no sería difícil colegir que sus limitaciones o restricciones tienen carácter excepcional, por lo que, además de estar reguladas en la ley, deben erigirse para situaciones propias del desenvolvimiento de una sociedad democrática.

El accionante llega a estas mismas conclusiones luego de analizar las opiniones consultivas e informes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia de diversos tribunales extranjeros. Respecto a las restricciones a tales derechos, menciona que la Comisión Interamericana habría rechazado el argumento según el cual el derecho al honor pudiese tener una jerarquía superior al derecho a la libertad de expresión.

4.- Asegura que todas las Constituciones venezolanas mantuvieron el principio general de la libertad de expresión. Partiendo de este dato, propone una interpretación fundamentada, no sólo en las normas de apertura constitucional, sino en los principios y valores de la Carta Magna, todo con el fin de evitar incertidumbres al respecto.

5.- En cuanto a la jurisprudencia venezolana producida luego de aprobada la Constitución de 1999, reconoce en el fallo dictado por esta Sala mediante sentencia n° 1013 de 12 de junio de 2001, caso: *Elías Santana*, aspectos de particular importancia relativos a la libertad de expresión y al derecho a réplica. No obstante, entiende que la misma excedió el caso planteado, el cual estuvo referido a un procedimiento de amparo. Las consideraciones vertidas en el mismo respecto a los artículos 57 y 58 de la Constitución, toda vez que la doctrina de esta Sala tiene carácter vinculante, adquieren un singular relieve. Según afirma el accionante, dicho fallo ha sido descrito como restrictivo, reglamentario y discriminatorio. Se le imputa la creación de un juez evaluativo, cuyas competencias y limitaciones han debido estar en la ley; que estimuló las llamadas leyes de desacato y que estableció un sistema inédito en lo que respecta a los llamados delitos de opinión, pues desarrolló un procedimiento inapropiado para su ventilación, cual sería el previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

6.- Por último, solicita se aclare lo siguiente:

6.1. Si a través de un acto de gobierno, acto administrativo, acto material de la administración o sentencia podrían establecerse condiciones y restricciones a la libre expresión del pensamiento y a los derechos de información y de réplica, distintas a las establecidas en la ley, especialmente de los periodistas, o a su través inob-

servar las opiniones consultivas sobre esta materia emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6.2. Si, conforme al artículo 23 de la Constitución, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su centésimo octavo período de sesiones, forma parte integrante de los artículos 57 y 58 constitucionales.

6.3. Si las llamadas leyes de desacato tienen cabida en el ordenamiento jurídico venezolano, vistas al trasluz de los citados artículos 57 y 58 *eiusdem*.

6.4. Si un órgano que no pertenece al Poder Legislativo puede crear la figura de un juez evaluador discrecional en materia de libertad de expresión.

6.5. Si puede tramitarse a través de un procedimiento breve y sumario, como es el de amparo constitucional, acciones tendentes a resolver situaciones relacionadas con la libertad de expresión, o penales, donde se denuncien hechos punibles referidos a los delitos de difamación, vilipendio o injuria.

6.7. Si de las normas contenidas en los artículos 57 y 58 constitucionales, podría seguirse que las manifestaciones enmarcadas en el género opinión pueden ser objeto de condiciones y restricciones similares a las pertenecientes al hecho informativo.

II

DE LA COMPETENCIA

Según lo dispuesto en el artículo 266, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en el artículo 42, numeral 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, resulta ostensible la existencia en el ordenamiento jurídico venezolano de un instituto jurídico que tiene por objeto la interpretación de los textos de carácter legal, a los fines de determinar el contenido y alcance de los mismos, cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal Supremo de Justicia.

No sucede, en cambio, lo mismo con relación a este mismo instrumento procesal referido a las normas constitucionales. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala ha despejado la duda acerca de la posibilidad de su ejercicio, cuando lo que se pretende es la interpretación de algún precepto constitucional. Inspirada en razones lógicas y teleológicas, así como en los novísimos postulados constitucionales que aspiran a una jurisdicción constitucional fuerte y extensible, así como en consideración al contenido del artículo 335 de la Constitución que establece: "El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República"; la Sala ha admitido poder acceder a interpretar las disposiciones constitucionales, y, además, ha procedido a efectuar una diferenciación entre la acción de interpretación a que se refiere el numeral 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuyo conocimiento, de conformidad con dicho precepto, corresponde a la Sala Político Administrativa de este Tribunal y la acción tendiente al razonamiento y comprensión de una norma constitucional, que también es distinta de la que previene el artículo 266, numeral 6 constitucional. En tal sentido, la Sala ha establecido igualmente, en virtud de la ausencia de preceptos que de manera expresa regulen este instrumento procesal, el contenido, la naturaleza

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

jurídica, los requisitos de admisibilidad, las razones de procedencia y el régimen procesal aplicable para tramitar este especialísimo medio (Véanse sentencias núms. 1077/2000, 1347/2000, 1387/2000 y 1415/2000, 226/2001 y 346/2001, entre otras).

Visto, pues, que, con fundamento en esta jurisprudencia ha sido incoada la presente Acción de Interpretación, esta Sala declara su competencia para conocer de la misma. Así se decide.

III

DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRESENTE SOLICITUD

A los fines de verificar si la solicitud en cuestión es admisible, la Sala estima que a la misma no le son oponibles ninguna de las causales de inadmisión que este Supremo Tribunal ha establecido (ver al respecto Sent. n° 1029 de 13.06.01, caso: *Asamblea Nacional*).

Particularmente, la Sala conviene en la legitimidad del accionante para interponer el presente recurso, en tanto dicho ciudadano argumentó la relevancia de la interpretación de los artículos 57 y 58 constitucionales, en relación con una decisión de esta misma Sala, concretamente la Sent. n° 1013 de 12.06.01, en la cual se habría extralimitado en el ejercicio de su función de garantía constitucional. Así se establece.

IV

DE LA DECLARATORIA DEL ASUNTO COMO URGENTE

En cuanto al procedimiento a seguir para sustanciar la Acción de Interpretación Constitucional, desde su primera sentencia al respecto (n° 1077/2000), la Sala dejó abierta la posibilidad de que, si lo creyere necesario, luego de la decisión positiva de admisibilidad, en aras de la participación de la sociedad, pudiera emplazar por Edicto a cualquier interesado que quisiera coadyuvar en el sentido que ha de darse a la interpretación, para lo cual se señalaría un lapso de preclusión a fin de que aquéllos concurrieran y expusieran por escrito (dada la condición de mero derecho de este tipo de causas), lo que creyeren conveniente. Además, a los mismos fines, se haría saber de la admisión del recurso, mediante notificación, a la Fiscalía General de la República y a la Defensoría del Pueblo, quedando a criterio del Juzgado de Sustanciación de la Sala el término señalado para observar, así como la necesidad de llamar a los interesados, ya que la urgencia de la interpretación puede conducir a que sólo sean los señalados miembros del Poder Moral los convocados (así se ordenó en la sentencia 226/2001 de 20 de febrero). En este caso, la Sala no hará uso de tal facultad, por estimar que el asunto debe resolverse sin la menor dilación posible, en vista de la relevancia que el mismo reviste y en atención a la solicitud del peticionario, de fecha 6 de julio de 2001, por lo que pasará inmediatamente a pronunciarse sobre su procedencia. Así se establece.

V

MOTIVACIÓN PARA DECIDIR

1.- Teoría y arte de la interpretación

R. Dworkin (Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1999, trad. de Marta Guastavino, p. 155) ha insistido recientemente en que el derecho no es el resultado de una deducción lógica sino una práctica social interpretativa que crea o “construye” instituciones (carácter rechtsschöpfende en el sentido de Gadamer) [cf. El problema

de la conciencia histórica, Madrid, Tecnos, 2000, p. 110]. En la práctica interpretativa conforme a normas, las reglas de reconocimiento permiten identificar, como dice Hart (El concepto del derecho, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1963, trad. de Genaro Carrió, p. 134), las reglas del sistema que regulan dicha práctica, pero no explica cómo razonan los jueces, porque la dimensión performativa del derecho “construye” la decisión y no simplemente la infiere a partir de las reglas identificadas.

El esfuerzo por controlar la corrección de la adjudicación o decisión, desde el reconocimiento que identifica las reglas conforme a las cuales la decisión se produce, exige el cumplimiento de una doble justificación, a saber, la interna o coherencia con el sistema jurídico, y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyace tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica. La justificación externa permite distinguir las reglas de los principios y determina la caducidad histórica del positivismo legal que había sido renuente a la consideración de los principios. Dworkin reconoce explícitamente la supralegalidad de los principios y afirma el carácter sistemático del derecho en términos de nomodinámica (Stufenbau) y de contextualidad jurídicopolítica.

Decir esto significa que las fuentes primarias del derecho, esto es, la tradición de cultura y los principios jurídicos, no sólo son fuentes de integración (lagunas de la ley) sino de interpretación, pues las fuentes primarias, en cuanto atmósfera cultural que envuelve al sistema jurídico, son el hilo conductor que hace posible la decisión correcta.

Por eso, el problema de la verdad jurídica es fronético (de frónesis, sabiduría, conocimiento del valor) y no epistemático (de episteme, ciencia), y la razonabilidad de lo resuelto en la sentencia requiere la doble justificación mencionada, más allá de una coherencia puramente formal y referida al continuum jurídicopolítico que determina el trabajo del juez.

2.- La tópica y la nueva retórica

La labor creadora del juez muestra que el problema interpretativo no parte de normas identificadas y disponibles para la decisión, sino más bien, al revés, parte del problema o caso planteado, y éste induce el funcionamiento del aparato normativo para encontrar la decisión razonable. Como se verá luego, la interpretación de las reglas supone la interpretación del problema y es el problema el que determina su propio tratamiento hermenéutico, limitando, así, la aplicabilidad de los criterios normativos en el trámite de la decisión judicial.

La nueva teoría de la interpretación es tópica o retórica en la medida en que la sentencia nace de la construcción que produce la agonística (contienda) procesal, y del manejo, tanto interno como externo, de los estándares con los que se pone a prueba la corrección del fallo. Dworkin y Ross manejan una teoría sistemática de la técnica formal, propician con Gadamer una nueva hermenéutica y abandonan definitivamente el positivismo legal que consideraba incancelable el par interpretación/integración.

3.- Teoría normativa de la interpretación y variantes ideológicas

El carácter tópico o retórico de la nueva teoría de la interpretación permite constatar, sin dificultades, que el problema de los límites de los derechos fundamentales y del posible conflicto entre éstos (libertad contractual / protección al consumi-

dor, libertad de expresión / protección al honor, pacta sunt servanda / rebus sic stantibus, libertad de expresión / derecho de réplica, favor libertatis / favor Constitutione, por ejemplo), requiere la identificación del criterio con que deba resolverse el problema según el proyecto axiológico de la Constitución, aparte el reconocimiento de la diferencia entre la teoría normativa de la interpretación y sus variantes ideológicas (J. Wróblewski, Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Madrid, Civitas, 1985, pp. 57 y ss.).

Como la interpretación está condicionada material e ideológicamente, una teoría descriptiva de ella es algo muy distinto de las ideologías interpretativas. Para aproximarnos a un tratamiento lo más objetivamente posible del asunto, es necesario hacer una teoría normativa de la interpretación jurídica y de sus métodos. Ello significa que una tal teoría normativa ofrece opciones hermenéuticas que la decisión política maneja para decidir.

Aunque haya una tipología consistente de esas opciones, la dimensión política (la opción por la mejor teoría política inmanente al sistema como dice Dworkin) del escogimiento es un compromiso pragmático y axiológico. Los intereses y los valores forjan la decisión dentro de su marco de posibilidades técnicas y es necesario hacer valer buenas razones para justificarla. En el juego hermenéutico, por supuesto, la ideología es importante, pese a que la oportunidad de poder juzgar y el juego de fuerzas que opera tras el conflicto, restringe el impacto del elemento ideológico. Por eso, hablar de interpretación estática (segura y predictiva) o dinámica (variable y progresiva) tendientes, respectivamente, a la seguridad y a la justicia, no forma parte de la teoría normativa de la interpretación sino de una teoría ideológica de la función judicial.

Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione). En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual la formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ella, como dice Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (Reine Rechtslehre, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

4.- Constitución y teoría de la interpretación jurídica

La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (ver- fassungskonfome Auslegung von Gesetze). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. Les Forces créatrices du droit, Paris, LGD], 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.

Esto quiere decir, por tanto, que no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta. Desde este punto de vista habrá que negar cualquier teoría que postule derechos o fines absolutos y, aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre éstas y los principios jurídicos (verfassungswidrige Ver- fassungsnormen) [normas constitucionales inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse ohne Naturrecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° eiusdem.

5.- Clases de interpretación constitucional

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé dos clases de interpretación constitucional. La primera está vinculada con el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y de todos los actos realizados en ejecución directa de la Constitución; y la segunda, con el control concentrado de dicha constitucionalidad. Como se sabe, el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela impone a todos los jueces la obligación de asegurar la integridad de la Constitución; y el artículo 335 eiusdem prescribe la competencia del Tribunal Supremo de Justicia para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, por lo que declara a esta Sala Constitucional su máximo y último intérprete, para velar por su uniforme interpretación y aplicación, y para proferir sus interpretaciones sobre el contenido o alcance de dichos principios y normas, con carácter vinculante, respecto de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República (jurisprudencia obligatoria). Como puede verse, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no duplica en estos artículos la competencia interpretativa de la Constitución, sino que consagra dos clases de inter-

pretación constitucional, a saber, la interpretación individualizada que se da en la sentencia como norma individualizada, y la interpretación general o abstracta prescrita por el artículo 335, que es una verdadera jurisdatio, en la medida en que declara, erga omnes y pro futuro (ex nunc), el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales cuya interpretación constitucional se insta a través de la acción extraordinaria correspondiente. Esta jurisdatio es distinta de la función que controla concentradamente la constitucionalidad de las leyes, pues tal función nomofiláctica es, como lo ha dicho Kelsen, una verdadera legislación negativa que decreta la invalidez de las normas que colidan con la Constitución, aparte que la interpretación general o abstracta mencionada no versa sobre normas subconstitucionales sino sobre el sistema constitucional mismo. El recto sentido del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace posible la acción extraordinaria de interpretación, ya que, de otro modo, dicho artículo sería redundante en lo dispuesto por el artículo 334 eiusdem, que sólo puede dar lugar a normas individualizadas, como son, incluso, las sentencias de la Sala Constitucional en materia de amparo. La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de esta Sala. Esas consecuencias se refieren al diverso efecto de la jurisdicció y la jurisdatio y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale erga omnes y constituye, como verdadera jurisdatio, una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental.

Por supuesto que la eficacia de la norma individualizada para el caso resuelto implica la interpretación vinculante de las normas constitucionales que ha sido establecida para resolver el problema, ya que, siendo la norma individualizada, eo ipso, decisión del caso concreto, el contenido y el alcance de su motivación normativa quedan ligados, tópicamente, al problema decidido, y su obligatoriedad sólo podría invocarse conforme a la técnica del precedente (stare decisis) [precedente vinculante, aceptar lo decidido]. Si esto es así, la interpretación de la jurisprudencia obligatoria y la determinación de la analogía esencial del caso objeto de consideración judicial son indispensables para que la jurisprudencia sea aplicable a un caso análogo. Como dice Carl Schmitt “el caso precedente estaría entonces incluido en su decisión y sería el paradigma concreto de los casos subsiguientes, los cuales tienen su derecho concreto en sí mismos, no en una norma o en una decisión. Cuando se considera al nuevo caso como un caso igual al precedente, en su igualdad concreta queda incluido también el orden que aparecía en la decisión judicial previa” (Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Madrid, Tecnos, 1996, trad. de Monserrat Herrero, p. 61). Como se verá de inmediato la acción de interpretación constitucional del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela está severamente restringida por la técnica fundamental y por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, entre otras cosas, porque la jurisdicción constitucional, aun como jurisdatio, no puede afectar el principio de la división del poder ni autorizar la injerencia en la potestad de los demás poderes públicos y, mucho menos, vulnerar el principio de la reserva legal.

En razón de este criterio, la Sala ha rechazado la acción extraordinaria de interpretación, cuando el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales deben ser estatuidos por el poder legislativo nacional. Ello no significa, sin embargo, que la falta de regulación legal impida el recabamiento de la tutela de los derechos fundamentales, pues dicha tutela debe reconocer el derecho transgredido

de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, a tenor de lo dispuesto en los artículos 19 y 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La tutela constitucional declarada, basada en la interpretación de los principios y normas constitucionales que fundamentan el fallo, vale, entonces, para el problema resuelto, y la jurisprudencia obligatoria derivada de la motivación se contrae al carácter individualizado de la sentencia, independientemente de la vinculatoriedad que resulte de su eficacia como precedente para casos sustancialmente análogos. Por último, la obligatoriedad del precedente no se limita sólo a la exigencia tónica del problema, exigencia que, como ya se vio, no depende de una subsunción lógica, sino de la inducción decisoria que el problema suscita y de la potestad de la Sala Constitucional para ejercer su competencia jurisdiccional. Pues la Sala, como instancia interpretativa máxima, no está vinculada por su propia interpretación, pese a que su práctica interpretativa esté sujeta a la justificación interna y a la externa ya indicadas, sin las cuales la seguridad jurídica y la misma justicia resurtiría en desmedro de los valores superiores de la Carta Magna. Se explica, así, como dice Dworkin (op. cit., p. 441), que “la fuerza gravitacional de un precedente se puede explicar apelando, no a la procedencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes”.

6. Bases teóricas y constitucionales de la reserva

legal en los artículos cuya interpretación constitucional se solicita

La reserva legal se basa en el principio de división del poder y en la distribución de funciones que le es inherente. Este principio es un postulado de la técnica fundamental, que, como dice Ripert, establece las condiciones bajo las cuales la técnica formal (fuentes del derecho) crea y aplica el derecho.

Ni la técnica fundamental, ni la técnica formal implican opciones ideológicas; cualquiera sea la teoría política subyacente tras el ordenamiento constitucional considerado, el derecho prescribe la técnica formal, conforme a la cual dicho ordenamiento opera según un esquema de procedimientos y competencias. No es que la división del poder esté al servicio de las libertades civiles o políticas, de modo que el respeto a la distribución de funciones sea una exigencia de un determinado proyecto ideológico, sino que, sin dicha distribución, el derecho se niega como plan de regulación seguro de la conducta social. O dicho de otro modo: Sin técnica fundamental no puede haber derecho, independientemente de la base axiológica que lo sustente. Reserva legal significa, por tanto, que las normas inmediatamente subconstitucionales, relativas a la organización del Estado y a la regulación efectiva de los derechos fundamentales, debe provenir del parlamento, es decir, de un órgano que desarrolle el programa de la Constitución, dentro de las bases que conforman la voluntad del poder constituyente. División del poder no es, en consecuencia, un principio ideológico, propio de la democracia liberal, sino un principio técnico del cual depende la vigencia de la seguridad jurídica como valor fundante del derecho y como proyecto de regulación de la conducta social. Por eso, y sólo por eso, la Asamblea Nacional, en el sistema de la distribución de competencias, es el único poder a quien corresponde reglamentar, de manera general y permanente, el ejercicio y protección de los derechos fundamentales.

La reserva legal es imperativo constitucional conforme a las normas que, de seguida, se transcriben:

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Art. 57.- Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades. (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respecto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres o aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14. *Derecho de ratificación o respuesta*. 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio o a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y de la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial. [Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica)].

SENTENCIA 1.309

Art. 58 La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respecto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 20

1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público. (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

[Todos los subrayados son de la Sala]

VI
DECISIÓN

Por las razones expuestas y siendo que la acción incoada es una solicitud de interpretación de los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual implica la afectación del principio de técnica fundamental de la reserva legal, según lo dispuesto en los artículos 57 y 58 *eiusdem*, y 13.2 y 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica), y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Sala Constitucional, ratificando jurisprudencia reiterada (véase Sentencia de la Sala Constitucional del 13 de junio de 2001, Exp. n° 01-1008), declara improcedente la Acción de Interpretación de Normas Constitucionales que, en fecha 22 de junio de 2001 interpuso el ciudadano **HERMANN ESCARRÁ**, con el objeto de determinar el contenido y alcance de los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

Publíquese, regístrese y archívese.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, En Caracas, a los **19** días del mes de **JULIO** del año dos mil uno. Años: 191° de la Independencia y 142° de la Federación.

El Presidente,
IVÁN RINCÓN URDANETA

El Vicepresidente,
JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

Los Magistrados,
ANTONIO JOSÉ GARCÍA GARCÍA JOSÉ M. DELGADO OCANDO
Ponente

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

El Secretario,
JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

JMDO/ns.
Exp. n° 01-1362.

ACUERDO INSTITUCIONAL

**III. ACUERDO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 25-03-01
RECHAZANDO LAS CRÍTICAS A LA SENTENCIA N° 1.013 Y
EXPRESANDO SOLIDARIDAD CON LOS MAGISTRADOS DE
LA SALA CONSTITUCIONAL(*)**

**ACUERDO INSTITUCIONAL
REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

SALA PLENA

Con fundamento en la previsión contenida en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en uso de la atribución que le confiere el ordinal 17 del artículo 44 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ante los graves señalamientos e infundados juicios emitidos sobre la sentencia N° 1.013, dictada el 12 de junio de 2001 por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se decidió la acción de amparo constitucional incoada por el ciudadano Elías Santana, actuando en su propio nombre y en su carácter de Coordinador General de la Asociación Civil Queremos Elegir;

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece un Poder Judicial autónomo e independiente, cuyas decisiones se deben tomar libres de presiones y de injerencias políticas, económicas, sociales o de cualquier otro género, con total imparcialidad, interpretando y

aplicando nuestro ordenamiento jurídico para otorgar la debida tutela jurídica de los derechos e intereses legítimos de nuestro pueblo.

CONSIDERANDO:

Que la mencionada sentencia de la Sala Constitucional fue dictada en ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 1 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las cuales ejerce conforme al Título VIII, Capítulo I de dicha Carta Magna.

CONSIDERANDO:

Que conforme a lo previsto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia debe garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; además, será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales tienen carácter vinculante.

(*) Véase Diario *El Universal*, Lunes 30 de julio de 2001, pág. 1-13.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el ordenamiento jurídico define los fundamentos de nuestra vida democrática, al establecer para todas las personas, naturales o jurídicas, derechos, obligaciones y deberes que cumplir.

CONSIDERANDO:

Que todos tenemos el deber de guardarnos el debido respeto en nuestras relaciones; razón por la cual se debe velar porque esa obligación sea cumplida en beneficio de la mejor y más armoniosa convivencia social.

CONSIDERANDO:

Que este Alto Tribunal reconoce la conveniencia y la necesidad de críticas a las decisiones judiciales, las cuales deben realizarse con la mesura y el debido respeto a las instituciones fundamentales de nuestro sistema democrático, conforme al Estado de Derecho y de Justicia y de manera que se garantice la seriedad del análisis y la responsabilidad de quienes las formulen.

CONSIDERANDO:

Que se han efectuado señalamientos de manera desconsiderada y sin fundamento, los cuales van más allá del juicio sereno que puede hacerse sobre dicha decisión; y se han expresado opiniones peyorativas sobre la función jurisdiccional que ejercen los Magistrados de la Sala Constitucional y sobre el Magistrado Ponente de la mencionada decisión.

CONSIDERANDO:

Que tales conductas constituyen graves irrespetos a la majestad de la justicia y a este Tribunal Supremo; y son también perversos ejercicios de las libertades que ofrece la vida democrática, participativa y protagónica que a todos nos garantiza la Constitución.

CONSIDERANDO:

Que las decisiones de este Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas, no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre.

CONSIDERANDO:

Que los tratados, pactos o convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tienen jerarquía constitucional y por tanto su interpretación jurídica corresponde a la Sala Constitucional de este Alto Tribunal.

CONSIDERANDO:

Que en ausencia de regulaciones sobre los derechos constitucionales previstos en los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional debió elaborar una fundamentación jurídica apropiada para

ACUERDO INSTITUCIONAL

dar solución al asunto planteado para su conocimiento y decisión, lo cual no significa limitar o restringir la libertad de expresión ni el derecho a la información; por el contrario, la precitada fundamentación amplía y fortalece el disfrute de tales derechos, aportando pautas que orientan las conductas y fortalecen la necesaria seguridad jurídica.

ACUERDA:

1. Rechazar las declaraciones que en términos peyorativos e irrespetuosos se han expresado a través de los medios de comunicación social, en las cuales se endilgan supuestas extralimitaciones de las funciones propias de la Sala Constitucional, tergiversando los conceptos jurídicos que sustentan la decisión y atribuyéndole menciones y propósitos ajenos a su contenido.

2. Exhortar a quienes expresan comentarios, apreciaciones o críticas de las decisiones judiciales, para que las formulen con serenidad de espíritu, aportando meditadas razones y manteniendo permanente apego a la verdad, para así contribuir al imprescindible fortalecimiento de las instituciones democráticas de la República.

3. Manifiestar, como garantes de la supremacía y efectividad de la Constitución, nuestro respaldo a la mencionada sentencia, la cual está basada en normas vigentes, elevados principios constitucionales, valiosas doctrinas y orientaciones jurisprudenciales, tanto nacionales como de otros países, empleados todos para dar apropiada respuesta jurídica a la tutela solicitada por los accionantes.

4. Expresar nuestra solidaridad con los Magistrados **Iván Rincón Urdaneta, Jesús Eduardo Cabrera Romero (Ponente), José M. Delgado Ocando, Pedro Rafael Rondón Haaz y Antonio García García**, ante esta grave situación que los hace víctimas de injustos e inmerecidos ataques públicos.

Dado, firmado y sellado en el Salón Principal de Sesiones de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veinticinco (25) días del mes de julio de dos mil uno. Años: 191° de la Independencia y 142° de la Federación.

Primer Vice-Presidente,

FRANKLIN ARRIECHE GUTIERREZ

El Segundo Vicepresidente,

OMAR ALFREDO MORA DIAZ

Magistrados,

LEVIS IGNACIO ZERPA

HADEL J. MOSTAFA PAOLINI

LUIS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ

ALBERTO MARTÍN URDANETA

RAFAEL HERNÁNDEZ UZCATEGUI

BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

ALFONSO R. VALBUENA CORDERO

CARLOS A. OBERTO VÉLEZ

JUAN RAFAEL PERDOMO

ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

YOLANDA JAIMES GUERRERO

RAFAEL PÉREZ PERDOMO

ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS

La Secretaria,

OLGA M. DOS SANTOS P.

IV. AVISO INFORMATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN RESPUESTA A LA SOCIEDAD INTERAMERICANA DE PRENSA (SIP)^(*)

A LA OPINIÓN PÚBLICA NACIONAL E INTERNACIONAL

Honrar la **verdad** es el propósito fundamental de los periodistas para informar a los pueblos y contribuir con las trascendentales decisiones que interesan a la vida social. No sólo es ése el propósito de los periodistas venezolanos. También de los periodistas de otros países. De allí que, en todos los Códigos de Ética periodística del mundo, siempre aparezca el deber de respetar la **verdad** como la principal obligación de los comunicadores sociales. La comunicación en sí ha llegado hoy a ser tan amplia, que cada día es mayor la legítima influencia de los medios y de los comunicadores sociales en las diversas colectividades del mundo. Esta tremenda influencia da a todos los periodistas una importancia personal, profesional y social, muy justa y muy elevada. Tan elevada es su merecida importancia de todo tipo, como elevada es su influencia en todos los que buscan información en los medios de comunicación social. Y consiguientemente, es muy alta la responsabilidad de los dueños y profesionales de tales medios. Esta enorme responsabilidad explica ese deber principal de informar la **verdad** de los hechos y justifica el correlativo derecho del público a saber la **verdad**.

Ahora bien: el periodista uruguayo Danilo Arbilla, Presidente de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), según información del diario venezolano "El Nacional", el 16 de julio de 2001, cuerpo "D", página 2, expresó lo siguiente:

"En Venezuela – señaló-, el Poder Judicial está sometido al poder central del Presidente Chávez, Los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y el Fiscal General de la República han sido designados por el Gobierno".

El periodista Arbilla, Presidente de la SIP, **no honró la verdad ni informó la verdad**. Esta afirmación se prueba por las razones siguientes:

El verdadero proceso de elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, conforme lo establecen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el régimen legal vigente, es así: la Constitución fue aprobada por el pueblo mediante referendo el 15 de diciembre de 1999, como respuesta a la realidad histórico-social que vive nuestro país.

Más que ninguna otra Constitución, la aprobada en el año 1999 consolida los principios que rigen nuestro sistema democrático cuando en su artículo 2 estableció que *"Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político."*

(*) Véase Diario *El Universal*, Lunes 30 de julio de 2001, pág. 1-13.

AVISO INFORMATIVO

Así, en aplicación de dichos principios, por primera vez en la historia venezolana la sociedad civil tuvo participación en la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo. El artículo 264 de la Constitución establece:

“Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual efectuará una tercera preselección para la decisión definitiva.

Los ciudadanos podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional”.

El procedimiento de selección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia se efectuó de acuerdo con los principios constitucionales de publicidad y participación de la ciudadanía, y con la Ley especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para su Primer Período Constitucional, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.077 de 14 de noviembre de 2000. En este orden, la Asamblea Nacional como órgano de representación popular y facultada constitucionalmente según lo establecido en el artículo 62 (numeral 1) del artículo 187 de la Constitución, designó una comisión integrada por quince de sus representantes, la cual actuó como comisión de evaluación de postulaciones, a los efectos de la ratificación o designación de los Magistrados. Dicha Comisión, a su vez, con el objeto de garantizar la participación ciudadana y así dar cumplimiento al texto constitucional, seleccionó una lista de doce representantes de los diversos sectores, entre los que se encontraban representantes de la sociedad civil, los Colegios de Abogados, Organizaciones Sindicales, juristas, Universidades, etc.

Después, la plenaria de la Asamblea Nacional escogió definitivamente a seis representantes de la sociedad civil, quienes, a su vez, formaron parte de la Comisión para la designación de los Magistrados, teniendo derecho a voz y voto, y entre ellos el Presidente del Colegio Nacional de Periodistas de Venezuela.

Para reforzar y hacer plenamente efectivos los principios de publicidad y participación ciudadana, se formaron mesas de diálogo con representantes de los diversos sectores de la sociedad, con los cuales se consultaron y evaluaron las postulaciones recibidas, atendiendo al cumplimiento por parte de los aspirantes, de los requisitos establecidos en el artículo 263 de la Constitución, que señala:

“Artículo 263. Para ser magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia se requiere:

- 1. Tener la nacionalidad venezolana por nacimiento.*
- 2. Ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad.*
- 3. Ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título universitario de postgrado en materia jurídica; o haber sido profesor universitario o profesora universitaria en ciencia jurídica durante un mínimo de quince años y tener la categoría de profesor o*

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

*profesora titular; o ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones.
Cualesquiera otros requisitos establecidos por la ley.”*

Cabe resaltar que la Asamblea Nacional, a través de una convocatoria pública, hizo el llamado a la ciudadanía en general para la participación en el proceso de designación, con el fin de que presentaran las listas correspondientes de los aspirantes que consideraban aptos para el cargo de Magistrado.

Las postulaciones recibidas para la designación de los Magistrados, fueron objeto de un proceso público de difusión a los fines de que la sociedad pudiese respaldar u objetar cualquier postulación de los aspirantes seleccionados, tal como se hizo.

Como resultado de dicho proceso de consulta pública, la Comisión de Designación elaboró la lista definitiva de postulados y la sometió a la consideración de la Asamblea Nacional, que como representante del pueblo venezolano, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y según lo establecido en la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, para su Primer Período Constitucional, en sesión extraordinaria del 20 de diciembre de 2000, designó por mayoría calificada a los Magistrados principales y suplentes del Tribunal Supremo de Justicia.

Por lo demás, la Comisión de Evaluación de Postulaciones, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 263, 264, 280, 284 y 288 de la Constitución, atendió (en la escogencia de los postulados) a sus condiciones de honorabilidad, competencia, reputación, ejercicio profesional, así como a las de su prestigio en el desempeño de funciones públicas o privadas.

En conclusión, el proceso desarrollado para la escogencia de los Magistrados se efectuó de conformidad con las normas constitucionales y legales vigentes, sin distinción de carácter político o inclinaciones ideológicas, según los máximos principios que rigen la democracia, como expresión de la manifestación del pueblo al aprobar la Constitución, con un carácter altamente participativo, y de acuerdo con la idoneidad, capacidad, competencia y honorabilidad de cada uno de los postulados. Con ánimo de ilustrar a la colectividad, se remite a lo siguiente: la Constitución, publicada en la Gaceta Oficial No. 5. 453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000; la Gaceta Oficial No. 37. 077 de 14 de noviembre de 2000, donde aparece publicada la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, para su Primer Período Constitucional; la Gaceta Oficial No. 37.105 del día 22 de diciembre de 2000, que contiene la designación de los ciudadanos Magistrados y Suplentes del Tribunal Supremo de Justicia; copia certificada del Acta de sesión extraordinaria del día miércoles 20 de diciembre de 2000, donde consta el número de votos (de partidos que apoyan al gobierno y de **partidos opositores al gobierno**) con los cuales fueron designados los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y sus respectivos Suplentes; y, finalmente, copia simple del discurso ante la Asamblea Nacional del ciudadano Antonio Briceño, representante del sector sindical en Venezuela.

AVISO INFORMATIVO

Esta fue la primera vez que en Venezuela funcionaron unas mesas de diálogo para que la sociedad civil objetara a los postulados e interviniera en la elección de los más altos poderes públicos y de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

Está demostrado que los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia no “han sido designados por el gobierno”, como lo aseveró el periodista Danilo Arbilla.

Sobre la base de todo lo expuesto con anterioridad, hay derecho a formular la pregunta siguiente: el periodista Danilo Arbilla, Presidente de la Sociedad Interamericana de Prensa, ¿**honró la verdad e informó la verdad**? La respuesta es obvia.

El Tribunal Supremo de Justicia ha hecho la excepción de referirse a situaciones ajenas a los juicios que decide, en vista no sólo de la tremenda **falsedad** de las afirmaciones del periodista Danilo Arbilla, sino también del tan significativo hecho de que éste sea el Presidente de la Sociedad Interamericana de Prensa y de que este organismo sea un permanente cuestionador de los poderes públicos de la República Bolivariana de Venezuela en los medios internacionales y hasta en los medios de comunicación venezolanos.

Es muy preocupante, y debe ser un grave motivo de reflexión, que el periodista Danilo Arbilla, Presidente de la Sociedad Interamericana de Prensa, asuma semejante conducta basada en las más evidentes **falsedades**, lo cual, naturalmente, le quita autoridad moral a sus informaciones, juicios y pretendidas censuras que, en este caso específico en el cual se refirió con base en la más evidente falsedad a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, son censuras e imputaciones violatorias de los más elementales **derechos humanos** al honor y a la reputación.

El Presidente,

IVÁN RINCÓN URDANETA

El Primer Vicepresidente,
FRANKLIN ARRIECHE GUTIÉRREZ

El Segundo Vicepresidente,
OMAR ALFREDO MORA DÍAZ

Magistrados,

JUAN RAFAEL PERDOMO
JOSÉ M. DELGADO OCANDO
ANTONIO JOSÉ GARCÍA GARCÍA
RAFAEL PÉREZ PERDOMO
CARLOS OBERTO VÉLEZ
PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ
YOLANDA JAIMES GUERRERO
LUIS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO
LEVIS IGNACIO ZERPA
ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS
ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ
ALBERTO MARTINI URDANETA
HADEL J. MOSTAFÁ PAOLINI
RAFAEL HERNÁNDEZ UZCÁTEGUI
BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

ALFONSO R. VALBUENA CORDERO

V. DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN ELABORADA POR LA OFICINA DEL RELATOR ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y APROBADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PREÁMBULO

REAFIRMANDO la necesidad de asegurar en el hemisferio el respeto y la plena vigencia de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos a través de un estado de derecho;

CONSCIENTES que la consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de libertad de expresión;

PERSUADIDOS que el derecho a la libertad de expresión es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del hemisferio;

CONVENCIDOS que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático;

CONVENCIDOS que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas;

RECORDANDO que la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros instrumentos internacionales y constituciones nacionales;

RECONOCIENDO que los principios del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos representan el marco legal al que se encuentran sujetos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos;

REAFIRMANDO el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de transmisión;

CONSIDERANDO la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo y protección de los derechos humanos, el papel fundamental que le asigna la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el pleno apo-

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

yo con que contó la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, como instrumento fundamental para la protección de este derecho en el hemisferio, en la Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile;

RECONOCIENDO que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información;

REAFIRMANDO que los principios de la Declaración de Chapultepec constituyen un documento básico que contempla las garantías y la defensa de la libertad de expresión, la libertad e independencia de la prensa y el derecho a la información;

CONSIDERANDO que la libertad de expresión no es una concesión de los Estados, sino un derecho fundamental;

RECONOCIENDO la necesidad de proteger efectivamente la libertad de expresión en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, adopta la siguiente Declaración de Principios;

PRINCIPIOS

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.

2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.

9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "*leyes de desacato*" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

INDICE

PÓRTICOS

ROBERTO CUELLAR M. Y SANTIAGO A. CANTON

PRÓLOGO

ALBERTO QUIROS CORRADI

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y SU VIOLACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

ALLAN R. BREWER CARÍAS

INTRODUCCIÓN	17
I. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL VINCULANTE, LA “DOCTRINA VINCULANTE” Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR	21
II. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO Y A LA INFORMACIÓN	23
1. <i>El derecho a la libre expresión del pensamiento</i>	24
2. <i>El derecho a informar o comunicar</i>	25
3. <i>El derecho a establecer medios de comunicación</i>	27
4. <i>El derecho a la información</i>	28
5. <i>El derecho a la réplica y a la rectificación</i>	30
6. <i>El principio de la alteridad en los derechos relativos a la libre expresión del pensamiento y a la información</i>	31
III. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO Y A LA INFORMACIÓN SEGÚN LA “DOCTRINA VINCULANTE” DE LA SALA CONSTITUCIONAL	33
1. <i>La falsa dicotomía de derechos constitucionales de la cual partió la Sala Constitucional para su interpretación</i>	33

INDICE

2.	<i>El derecho a la libre expresión del pensamiento, el acceso a los medios de comunicación y el olvido del tratamiento de los medios de comunicación oficiales (del Estado)</i>	34
3.	<i>La interpretación “regresiva” de la libertad de expresión del pensamiento, la responsabilidad ulterior y el fantasma del “vilipendio” a funcionarios</i>	35
4.	<i>La libertad de expresión del pensamiento y la extraña exclusión del derecho a réplica o rectificación</i>	38
5.	<i>El derecho a la libre expresión del pensamiento y la burla a la prohibición constitucional de censura</i>	40
6.	<i>El derecho a la información, el derecho de autor y las noticias</i>	42
7.	<i>La libertad de información, la confusión entre las noticias y la publicidad: el derecho y las responsabilidades</i>	45
8.	<i>La información veraz, imparcial y oportuna y la línea de opinión de los medios de comunicación</i>	47
9.	<i>El conflicto entre el derecho a informar y otros derechos constitucionales</i>	49
10.	<i>La inconstitucional restricción al derecho a réplica y rectificación</i>	50
	CONCLUSIÓN	55

EL GOBIERNO DE LOS JUECES Y LA REGULACIÓN JUDICIAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA

	INTRODUCCIÓN	59
I.	LA FUNCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA	62
II.	LOS ELEMENTOS CENTRALES DE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA	73
	1. <i>La distinción entre la libertad de expresión y el derecho a la información</i>	74
	2. <i>El derecho de ‘réplica’ y la aplicación de la Convención Americana</i>	75
	3. <i>Los periodistas y el derecho de réplica</i>	76
	4. <i>La información veraz</i>	79
	5. <i>La degradación de la función de los medios de comunicación</i>	85
	6. <i>El vilipendio y el terrorismo comunicacional</i>	90
	7. <i>La regulación judicial de la libertad de expresión</i>	107
	COLOFÓN	113

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: ¿JUEZ O PARTE?

PEDRO NIKKEN

I.	EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA CONTRA LA CONSTITUCIÓN ..	117
	1. <i>Primera máxima: los derechos humanos deben comprimirse</i>	117
	A. <i>Las infracciones al respeto y garantía de los derechos humanos en el núcleo de la Sentencia 1.013</i>	119
	B. <i>Las infracciones al respeto y garantía de los derechos humanos en la periferia de la Sentencia 1.013</i>	121

INDICE

2.	<i>Segunda máxima: El poder público prevalece sobre la sociedad civil</i>	130
A.	<i>El maltrato del Tribunal Supremo a las organizaciones de la sociedad civil.</i>	130
B.	<i>El desoanecimiento de los controles a la discrecionalidad de la Asamblea Nacional</i>	135
II.	EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	138
1.	<i>Sobre el sometimiento de las actuaciones y sentencias del Tribunal Supremo de Justicia a la Jurisdicción Internacional</i>	140
A.	<i>Sobre el tema de la soberanía frente a la protección internacional de los derechos humanos.</i>	140
B.	<i>Sobre la competencia de los órganos de protección internacional de derechos humanos para conocer de las violaciones a dichos derechos imputables de órganos jurisdiccionales nacionales.</i>	142
C.	<i>Sobre la interpretación de las convenciones internacionales en materia de derechos humanos, particularmente del Pacto de San José.</i>	148
	CONCLUSIÓN	151

COMENTARIOS SOBRE LA INCOMPATIBILIDAD DE LA SENTENCIA 1.013 CON LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

CARLOS MANUEL AYALA CORAO

	INTRODUCCIÓN	153
I.	LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADO GRUPO DE PERSONAS DEL DERECHO HUMANO A LA RECTIFICACIÓN O RESPUESTA	160
II.	LA SEPARACIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN: LA EXCLUSIÓN DE LAS IDEAS U OPINIONES DEL DERECHO HUMANO A LA RECTIFICACIÓN O RESPUESTA ..	170
III.	LA ACEPTACIÓN DE LAS LEYES DE VILIPENDIO O DESACATO COMO DELITOS DE OPINIÓN.....	174
IV.	LA AUTORIZACIÓN DE LA CENSURA JUDICIAL.....	190
V.	UNA REFLEXIÓN FINAL	196

UN BUEN COMIENZO, LA SENTENCIA 1.013 DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO DE RÉPLICA Y RECTIFICACIÓN

RAFAEL CHAVERO GAZDIK

I.	INTRODUCCIÓN	197
II.	EL MARCO LEGAL DEL DERECHO DE RÉPLICA Y RECTIFICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO.	198
2.1.	<i>La Constitución de 2000</i>	198
2.2.	<i>La doctrina o derecho de réplica o rectificación en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos</i>	199

INDICE

	2.3. <i>La Ley del Ejercicio del Periodista</i>	202
III.	ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS SOBRE EL DERECHO DE RÉPLICA O RECTIFICACIÓN Y UNAS BREVES NOTAS SOBRE SU EVOLUCIÓN Y CONSAGRACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.	204
IV.	ALCANCE Y CONTENIDO DEL DERECHO DE REPLICA Y RECTIFICACIÓN.	215
	4.1. <i>La réplica y rectificación debería referirse únicamente a opiniones y no a informaciones</i>	218
	4.2. <i>El solicitante de la réplica y rectificación tiene que haber sido al menos mencionado y afectado por la información difundida</i>	221
	4.3. <i>El derecho de réplica y rectificación no puede ser igual para las personas públicas o notorias</i>	225
	4.4. <i>El derecho de réplica en los distintos medios de comunicación</i>	229
	4.5. <i>Algunas referencias a las formas de hacer efectivo el derecho de réplica</i>	232
V.	EL CASO ELÍAS SANTANA Y LA DECISION 1.013 DE LA SALA CONSTITUCIONAL.	236
	5.1. <i>Las expresiones emitidas por el Presidente fueron simples opiniones, no informaciones</i>	237
	5.2. <i>El periodista Santana tenía fácil acceso a otros medios de comunicación, a través de los cuales podía hacer efectiva la réplica solicitada</i>	239
	5.3. <i>La lógica consecuencia de aceptar la pretensión del accionante hubiera sido el tener que soportar interminables secuencias de réplicas y rectificaciones</i>	241
VI.	ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.	241

¿QUÉ INTERPRETACIONES? ¿CUÁN VINCULANTES? ALCANCE DE LAS INTERPRETACIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

GUSTAVO LINARES BENZO

1.	<i>La Sala Constitucional</i>	246
2.	<i>Naturaleza de la Sala Constitucional</i>	247
3.	<i>Las interpretaciones de la Constitución y la Sala Constitucional</i>	247
	A. <i>La noción de Constitución</i>	248
	B. <i>La interpretación de la Constitución</i>	251
4.	<i>El carácter político de las normas generales</i>	252
5.	<i>Libertad política del legislador</i>	254
6.	<i>Interpretación "vinculante"</i>	254
7.	<i>Algunos casos particulares</i>	255
	A. <i>Recurso autónomo de interpretación de la Constitución</i>	255
	B. <i>Establecimiento de normas procesales</i>	256
	C. <i>Limitación y resolución de conflictos entre derechos constitucionales</i> ...	257

INDICE

**OPINIONES ACERCA DE LA SENTENCIA 1.013 SOBRE
UNA SOLICITUD DE AMPARO CONSTITUCIONAL PARA EJERCER EL
DERECHO A LA RECTIFICACIÓN Y RÉPLICA Y EL DERECHO A LA IN-
FORMACIÓN VERAZ E IMPARCIAL**

JORGE OLAVARRÍA

I.	CONSIDERACIONES PREVIAS	259
II.	EXAMEN DE LA ACCIÓN DE AMPARO DE ELÍAS SANTANA.....	265
	¿Programa informativo o Programa de opinión	267
	¿Inexacta y agravante?	275
	La solicitud de réplica	276
	¿Y si hubiera sido a la inversa?	281
	Los fundamentos legales y doctrinarios de la acción.....	281
III.	LAS PRIMERAS REACCIONES A LA SENTENCIA N° 1.013	287
IV.	ALGUNAS GLOSAS AL CONTENIDO DE LA SENTENCIA.....	297
	El derecho a la replica	314

ANEXOS

I.	SENTENCIA 1.013.....	333
II.	SENTENCIA 1.309.....	351
III.	ACUERDO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 25-03-01 RE- CHAZANDO LAS CRÍTICAS A LA SENTENCIA N° 1.013 Y EXPRESAN- DO SOLIDARIDAD CON LOS MAGISTRADOS DE LA SALA CONSTI- TUCIONAL.....	364
IV.	AVISO INFORMATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN RESPUESTA A LA SOCIEDAD INTERAMERICANA DE PRENSA (SIP)	367
V.	DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN ELABORADA POR LA OFICINA DEL RELATOR ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y APROBADA POR LA COMISIÓN INTER- AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	371