

LAS INMUNIDADES DEL PODER CONTRA LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN: PROPUESTAS PARA EL RESTABLECIMIENTO PLENO DE LA LIBERTAD INFORMATIVA EN VENEZUELA

Luis Alfonso Herrera Orellana

Profesor de la UCV

Mayerlin Matheus Hidalgo

Abogado de la UCAB

“Esta tarea es la de reconducir los grandes temas, los temas que estremecen el corazón del hombre, como éste, sin duda, del Poder, a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen su esoterismo y su misterio y se hace patente, posiblemente, su funcionalismo verdadero “.

Eduardo García de Enterría.

La lucha contra las inmunidades del Poder. 1974.

Resumen: El trabajo examina dos ámbitos tradicionales de inmunidad de la Administración: el relativo a la potestad discrecional y a la potestad reglamentaria. Asimismo, se analiza otro ámbito, como es la potestad organizativa, todo ello, en relación con la libertad de expresión e información.

Palabras clave: discrecionalidad, potestad reglamentaria, organización administrativa, libertad de expresión e información.

Abstract: The article analyses two traditional spheres of administrative immunity: the administrative discretion and the administrative regulations. Also, this article includes the analysis of another sphere, that is the administrative organization. All of this, related with the expression and information freedom.

Keywords: administrative discretion, administrative regulations, administrative organization, expression and information freedom.

Recibido: 12 de julio de 2016 Aceptado: 15 de julio de 2016

SUMARIO

Introducción

- I. Las arbitrarias potestades actuales de la administración pública nacional frente a las libertades de expresión e información
- II. Propuestas para el restablecimiento pleno de la libertad de expresión e información en Venezuela

INTRODUCCIÓN

En su discurso ante la Universidad de Barcelona de 1962, el profesor García de Enterría examinó el estado, para la fecha, de los controles y principios jurídicos vigentes en el Derecho Administrativo para someter a poderes y ámbitos tradicionalmente considerados como fueros o privilegios del Estado, y en particular de la Administración, al orden jurídico. En concreto, analizó como medios para desarrollar esa lucha los siguientes:

- a. El contencioso administrativo como mecanismo de control judicial de los actos de la Administración Pública.
- b. Los actos políticos como actos excluidos de ese control judicial por considerarse propios y exclusivos del Poder Ejecutivo.
- c. Los límites y formas de revisión de la potestad discrecional de la Administración Pública a fin de someterla al imperio de la ley.
- d. Los límites y formas de revisión de la potestad normativa de la Administración Pública a objeto de asegurar la subordinación del Gobierno a la legislación democrática.

De esos ámbitos, en este trabajo se examinan dos, el relativo a la potestad discrecional y a la potestad reglamentaria, y se añade uno que no incluyó el maestro cantábrico en su estudio, pero que cabe considerar, al menos en el caso venezolano, como un fuero de inmunidad o privilegio de la Administración Pública para ejercer de forma arbitraria su poder, como es la potestad organizativa, y en particular se examinan y proponen reformas en la legislación que los regula en materia de libertad de expresión e información¹.

Constituye, para los autores motivo de honda satisfacción el participar en este homenaje a una idea que es transversal en la obra de Eduardo García de Enterría, la cual ha sido y sigue siendo una guía al momento de estudiar tanto en la academia como en casos concretos a las instituciones del Derecho Administrativo, como lo es la lucha contra la arbitrariedad del poder mediante el logro de un equilibrio efectivo y garantizado por el Derecho, entre las potestades de la Administración y la libertad y los derechos de los particulares, del que en gran medida depende nada más y nada menos que la vigencia del Estado de Derecho.

I. LAS ARBITRARIAS POTESTADES ACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL FRENTE A LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

1. En el ámbito de las cadenas de radio y televisión y difusión de mensajes gratuitos:

En Venezuela, según la disposición final segunda de la reformada Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT) del año 2011, es obligatorio para las televisoras y radioemisoras emitir, de forma gratuita, mensajes oficiales cuando el Presidente de la

1 Estas propuestas se apoyan en el informe preparado por la organización civil Un Estado de Derecho, de la que son investigadores los autores de esta contribución.

República así lo disponga. Dicha obligación se encuentra establecida sin ningún tipo de limitación, es decir, no se determina en qué ocasiones puede el Presidente obligar la transmisión de mensajes oficiales ni qué tipo de mensajes oficiales son los que deben transmitirse de forma gratuita.

La disposición final segunda de la LOT es la que ha servido de base al actual y al anterior Presidente para hacer llamados a cadena nacional de radio y televisión, sin mayores justificaciones de duración de las cadenas o frecuencia. Además, ahí se expresa que cualesquiera limitaciones, modalidades, restricciones se establecerán a través de un reglamento que nunca fue dictado. Dicha disposición establece lo siguiente:

“Sin perjuicio de las disposiciones legales en materia de seguridad y defensa, el Presidente de la República podrá, directamente o a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ordenar a los operadores que presten servicios de televisión por suscripción, a través del canal de información a sus clientes y a las empresas de radiodifusión sonora y televisión abierta la transmisión gratuita de mensajes o alocuciones oficiales, de la Presidencia o Vicepresidencia de la República o de los Ministros. Mediante reglamento se determinarán las modalidades, limitaciones y demás características de tales emisiones y transmisiones. No estará sujeta a la obligación establecida en este artículo la publicidad de los entes públicos”.

De manera que las cadenas no solo son obligatorias sin que medie límite alguno, sino que, además, no se establece ningún tipo de indemnización a las televisoras o radioemisoras por las pérdidas económicas que puedan sufrir por transmitir mensajes oficiales en lugar de su programación habitual, en tanto que, quienes se dedican a tal actividad (con excepción de algunos medios de comunicación) persiguen fines de lucro y dependen de ello para sostener puestos de trabajo y demás obligaciones.

Además de la citada disposición de la LOT, el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio Televisión y Medios Electrónicos (Ley RESORTE) dispone lo siguiente:

Artículo 10. El Estado podrá difundir sus mensajes a través de los servicios de radio y televisión. A tales fines, podrá ordenarle a los prestadores de estos servicios la transmisión gratuita de:

1. Los mensajes previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. La orden de transmisión gratuita y obligatoria de mensajes o alocuciones oficiales podrá ser notificada válidamente, entre otras formas, mediante la sola difusión del mensaje o alocución a través de los servicios de radio o televisión administrados por el Ejecutivo Nacional.
2. Mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos, de servicio público los cuales no excederán, en su totalidad de setenta minutos semanales, ni de quince minutos diarios. A los fines de garantizar el acceso a los servicios de radio y televisión, el órgano rector del Ejecutivo Nacional, con competencia en materia para la comunicación e información, cederá a los usuarios y usuarias diez minutos semanales de estos espacios, de conformidad con la Ley (...).

Así, además de la obligación de enlazarse en cadena cuando el Presidente lo ordene, existe otra para radio y televisión de transmitir diariamente y de manera gratuita mensajes oficiales de contenido variado (educativos, preventivos, de servicio público, etc.). En esta normativa se establece un límite de quince minutos diarios y setenta minutos semanales. Estas obligaciones se suman a la larga lista de las que deben asumir los prestadores del servicio de radio y televisión, lo que, sin duda, va limitando su libre actuación.

Nada de lo anterior encuentra basamento en las normas constitucionales y las previstas en tratados internacionales suscritos por la República en materia de libertad de expresión e información. En efecto, los artículos 57 y 58 de la Constitución.

2. En el ámbito de los poderes administrativos ilimitados en materia de concesiones, definición de contenidos y regulaciones técnicas

A los excesivos poderes administrativos (reglamentarios, sancionatorios, discrecionales, ejecutorios, de revisión, etc.) que manejaba el Ejecutivo Nacional de acuerdo a las versiones originales tanto de la LOT, como de la Ley RESORTE, se sumaron otros más en las reformas hechas a ambos instrumentos legislativos a fines de 2010.

Así lo confirmó la organización Espacio Público, al consultar a expertos en la materia como Ewald Scharfenberg, director del Instituto Prensa y Sociedad de Venezuela (IPYS), quien tras evaluar la reforma legal impulsada por el partido oficialista PSUV, en diciembre de 2010, señaló:

“Se trata de un paso más en la asfixia paulatina a los medios. Aquí no será fácil establecer cuál es el momento de extinción de la libertad de prensa, porque lo que se viene cumpliendo es una constante escalada de la agonía... Allí declaran como «servicio de interés público» la prestación de servicios de telecomunicaciones, y le da al Estado la potestad de revocar una licencia cuando lo considere «conveniente a los intereses de la Nación» y por motivos de «orden público» o «seguridad» [Además] redujo la duración de las habilitaciones administrativas (licencias) para operar estaciones de radio y TV de 25 a 15 años, al tiempo que estableció que si el Estado lo considera necesario, cuando finalice el período de vigencia de una concesión, los bienes afectados pasarán

a sus manos... con lo que se incrementan las potestades... para ejercer control sobre la administración de licencias”².

Sobre la Ley RESORTE, el mismo experto expresó que lamentaba que se extendiesen a Internet las consideraciones “ambiguas y punitivas” que ya sufrían la radio y la televisión. En su criterio, aquéllas fomentan la noción “de que la circulación de la información es algo siempre propenso a incurrir en delitos” y, por lo tanto, debe ser monitoreado por el Estado. Asimismo, reafirman la “usanza de forzar a los medios a hacer la tarea sucia de la censura, nombrándolos corresponsables de sus contenidos”.

Con base en la LOT, CONATEL tiene atribuidas competencias que le permiten ejecutar acciones que inciden directamente en quienes se dedican a la actividad de telecomunicaciones. Entre las competencias más arbitrarias, destacan las siguientes:

- Dictar normas y planes técnicos.
- Otorgar, revocar y suspender habilitaciones administrativas y concesiones.
- Realizar inspecciones, fiscalizar y requerir información a los operadores.
- Aprobar las condiciones generales de los contratos (entre operadores y usuarios).
- Abrir, sustanciar y decidir los procedimientos y dictar medidas preventivas.
- Evaluar y proponer la aprobación de tarifas y determinar y recaudar los tributos.

2 Peñalosa, Pedro Pablo, *Telecom y Resorte-me. Las reformas legales de diciembre y la libertad de expresión*. Caracas: Espacio Público, 2011, pp. 52-53, disponible en: <http://goo.gl/pMxiH8>

En el ejercicio de sus competencias CONATEL puede dirigir la actividad de los prestadores, a través de requerimientos, planes técnicos y cualquier normativa que considere adecuados. Estos medios le permiten obligar a aquéllos a ejecutar determinadas conductas. El incumplimiento de esas obligaciones habilita a CONATEL a iniciar un procedimiento e imponer –según corresponda– cualquiera de las sanciones establecidas en el artículo 158 de la LOT:

- Amonestación pública.
- Multa.
- Revocatoria de la habilitación administrativa o concesión.
- Cesación de actividades clandestinas.
- Inhabilitación.
- Comiso de equipos y materiales utilizados para la realización de la actividad.
- Prisión.

Además de las normas ya citadas de la LOT, en la Ley RESORTE se otorgan competencias a CONATEL y al denominado Directorio de Responsabilidad Social que también incluyen potestad normativa y sancionatoria y la posibilidad de dictar medidas cautelares de requerimiento de información. Por su parte, los incumplimientos de la Ley RESORTE se sancionan con cesión gratuita de espacios, multas, suspensión de habilitación administrativa y revocatoria de habilitación administrativa o de la concesión, según corresponda.

Sin duda, otorgar estas potestades a un ente administrativo, tanto por la amplitud, discrecionalidad y severidad, si no es inconstitucional, resulta definitivamente cuestionable, incluso si se lograra una integración plural de ese ente y ajena

a toda parcialidad política, ya que directamente se erige en una amenaza real a las libertades de expresión e información.

Por un lado, las sanciones establecidas en la LOT de inhabilitación y comiso de equipos no pueden continuar siendo sanciones administrativas. Por principios jurídicos, de ser necesarias tales sanciones, sólo pueden ser judiciales y fruto de procesos judiciales, pues implican la afectación de derechos como la propiedad privada, libre asociación, libertad económica, además de la libertad de expresión, opinión e información.

Además, no deberían atribuirse medidas cautelares, menos aún anticipativas, a CONATEL en un procedimiento sancionatorio, pues ello equivale a permitir que se dicten actos ejecutivos y ejecutorios sin procedimiento previo, lo cual viola el derecho a la defensa, entre otros derechos constitucionales.

También es criticable que las atribuciones de inspección, fiscalización y requerimiento de información no estén limitadas de forma cierta. Esto permite que CONATEL pueda requerir, inspeccionar y fiscalizar a los particulares que operan en el sector de las telecomunicaciones en todo momento y cuantas veces lo crea necesario, como si se le otorgara la potestad de presumir siempre la mala fe y la culpabilidad de los prestadores.

Por otra parte, la competencia que tiene CONATEL para revisar los contratos entre operadores y usuarios también resulta excesiva, pues desconoce el derecho que tienen las personas de contratar libremente en este sector en las condiciones que mejor le parezcan, sin que intervenga un tercero que nada aporta a dicha relación.

Tampoco tiene asidero constitucional la potestad de CONATEL de dictar planes técnicos que incidan en forma directa o indirecta sobre contenidos, línea editorial y esquema

económico de cada operador. Es violatoria de la libertad de expresión e información, por cuanto el desarrollo de la actividad viene planificado por un agente distinto a los operadores y usuarios, que expresarán y verán o escucharán lo que CONATEL considere puede ser escuchado, visto y expresado.

Finalmente, el numeral 31 del artículo 37 de la LOT y los numerales 14 del artículo 19 y 5 del artículo 20 de la Ley RESORTE, que otorgan a CONATEL y al Directorio de Responsabilidad Social “las demás atribuciones que le asigne la ley y las demás normas aplicables”; resultan totalmente excesivos y abusivos, al dejar abierta la posibilidad de que se les concedan poderes para intervenir en la vida de los ciudadanos disminuyendo cada vez más su esfera de derechos y su posibilidad de actuación libre.

3. El caso de los monopolios estatales para controlar la difusión de contenidos y expulsar del mercado a medios independientes:

Sin que el Poder Legislativo, ni el Poder Judicial o el Ciudadano, objetaran tal proceder, en los últimos años el Ejecutivo Nacional ha creado monopolios comerciales en distintas áreas de la economía, siendo una de ellas el área de las comunicaciones y la información.

Es una realidad orientada a imponer la llamada por expertos “hegemonía comunicacional”, es decir, la ausencia absoluta y total de libertad de expresión, pensamiento e información, quedando toda centralizada en el Estado. El caso paradigmático es el de la compañía Complejo Editorial Alfredo Maneiro (CEAM).

La Constitución prohíbe, en su artículo 113, la existencia de monopolios, estatales y privados, en cualquier área o sector de la economía. Si ello es válido y conveniente en ámbitos estrictamente comerciales, con mayor razón lo es en el de las comu-

nicaciones, en cual no solo hay interés general en que se genere riqueza, entretenimiento, información y cultura, sino en que se hallen los espacios para ejercer las libertades civiles y políticas propias de un sistema democrático de gobierno. De modo que hay razones para no tolerarse ni permitirse más nunca monopolios estatales en esta materia, que violan los derechos constitucionales y afectan la democracia.

El brutal efecto coercitivo del dominio del CEAM en la prensa escrita en Venezuela, ha dejado decenas de periódicos cerrados y casi un centenar en crisis por falta de papel. La asfixia que sufre prensa en el país como consecuencia de la dependencia obligada de esta empresa estatal para adquirir papel prensa, ha mermado el sector con la pérdida de espacios informativos y miles de empleos desaparecidos con la reducción o extinción de medios impresos nacionales y regionales, y la contracción económica del sector.

Periódicos cerrados y desempleo para trabajadores de la prensa es la consecuencia directa más visible del chantaje político ejercido desde el Gobierno hacia la prensa no alineada con sus intereses. Pero otros flagelos intangibles como la censura, la autocensura y la censura previa, entre los dueños de medios y los periodistas, para no caer en el radar de las represalias gubernamentales, erosionan de forma más peligrosa y determinante el libre ejercicio del periodismo y la libertad de prensa en Venezuela.

Las nuevas generaciones de periodistas, no solo están emigrando, sino que se están formando en un campo laboral deprimido y signado por el control estatal. Muchos periodistas no conocen otra forma de trabajar que no sea bajo la amenaza de sanciones internas o externas al medio, como resultado de investigaciones o denuncias periodísticas que afecten los intereses del Gobierno y sus relacionados. El temor a sanciones de tipo penal o moral, a agresiones físicas o verbales, a la pérdida

del empleo, son algunos de los miedos sembrados en quienes ejercen el periodismo en Venezuela.

Otro ámbito en el cual existe un monopolio estatal en materia de comunicaciones, si bien no reconocido formalmente como tal, es en la prestación del servicio de internet, y más en concreto, en lo referido a la dependencia de los pocos prestadores privados de ese servicio de la actividad, como último proveedor de conexión a internet, de la telefónica estatal Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV).

En Venezuela el acceso a Internet es precario y la calidad de conexión paupérrima, de acuerdo al informe de CEPAL 2015. El informe señala:

“La República Bolivariana de Venezuela, el Estado Plurinacional de Bolivia y Perú cuentan con las velocidades más bajas.

Aunque el país registra un crecimiento la lentitud de la conexión y el pobre servicio hacen que Venezuela se ubique en los últimos puestos de la región en materia de velocidad de Internet. El informe indica que:

No siempre los países que tienen el mayor porcentaje de usuarios de Internet tienen el mayor porcentaje de hogares conectados”³.

Una de las variables para determinar la calidad de la conexión se refiere a la velocidad de descarga, en Venezuela tenemos una de las más bajas del mundo. El estudio de la CEPAL arrojó que:

3 Informe CEPAL “Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2015”. Disponible en: <http://goo.gl/KJ33HK>

Las mayores velocidades de descarga se dan, fuera de Uruguay, en Chile y Brasil y las menores, en el Estado Plurinacional de Bolivia, Paraguay y la República Bolivariana de Venezuela.

A la lentitud en la velocidad de conexión se le suman otros factores que empobrecen el servicio, como cortes frecuente e inestabilidad en el servicio.

Por otra parte, en Venezuela se ha registrado un fenómeno de migración de usuarios de unas plataformas informativas a otras, es decir, de medios tradicionales a medios emergentes en plataformas digitales. Tal fenómeno responde a la merma en las opciones disponibles para que la ciudadanía se mantenga informada, esto como consecuencia del cierre de medios y la censura que impera.

En este contexto, un servicio de Internet de mala calidad atenta contra las mínimas posibilidades de información que quedan. Lo cual ha sido utilizado por el Gobierno como una forma de mantener el control del flujo de la información, dificultar el acceso a esta, todo ello usando arbitrariamente sus potestades normativas y organizativas.

Por otra parte, un factor aún más preocupante es el presumible monopolio de la empresa estatal de telecomunicaciones CANTV como proveedora de servicio de Internet. La compañía funge como mayorista de conexión en el país y provee a las demás empresas que ofrecen el servicio de Internet del país. Con esto, la calidad del servicio en la nación depende de la calidad de lo que ofrezca CANTV, aunque existan otros proveedores.

Así nos encontramos que el Gobierno, a través del férreo control que ejerce el Estado sobre el espectro radioeléctrico con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el servicio de Internet por medio de CANTV, tiene dominio casi total de las comunicaciones en Venezuela y, lo que es peor, no ha dado muestras

de tener intención alguna de mejorar el servicio ni flexibilizar los controles legales en materia de telecomunicaciones.

Al ser CANTV el principal y casi único proveedor del servicio de Internet en Venezuela (dado que otros proveedores se ven obligados a depender de la compañía estatal para ofrecer sus servicios), está al alcance del Gobierno ejercer control de lo que circula por Internet en Venezuela.

Prueba de ello es el bloqueo que existe actualmente sobre sitios web críticos al Gobierno como Infobae (medio argentino) y NTN24 (medio colombiano), a este último también se le aplicó un bloqueo obligando a las compañías de televisión por cable a sacar su señal de la parrilla tal y como ocurrió con RCTV que primero fue cerrada en señal abierta y posteriormente, bajo amenaza de sanciones por parte del Gobierno a través de CONATEL, las cableras tuvieron que retirarla.

4. El caso de la ausencia de límites en la potestad organizativa para la conformación del Estado comunicador

Muy conectado con el aspecto anterior se encuentra la problemática del llamado “Estado comunicador”, y cuyo fundamento último parte de contenidos que en un futuro deberán ser excluidos de la Constitución.

El objetivo de la actual estructura de control y predominio directo e indirecto del Estado sobre las comunicaciones, y que encuentra en la Ley RESORTE una pieza indispensable, surgió de la mano del régimen político instaurado en 1999, lo que torna al ordenamiento jurídico actual en un orden legal contrario al ejercicio de las libertades de expresión e información. Marcelino Bisbal, comunicador social y doctor en ciencias sociales, lo explica así:

“Desde un primer momento, el Estado tiene claridad sobre la significación estratégica de los medios de comunicación como lugar para la política y la confrontación ideológica. Esto se pone en evidencia no sólo en el sentido de sus acciones y medidas frente al aparato comunicacional privado, sino en la creación de toda una estructura o plataforma comunicacional que sea capaz de enfrentar al enemigo (tanto interno como externo) y a la vez irradiar a través de la cultura de masas el proyecto y proceso político-ideológico que se desea instaurar o que está en la imaginación del poder. Así, la estrategia se corresponde con fidelidad con los moldes del Estado fascista”⁴.

Actualizando su análisis del problema, el mismo autor, al referirse al sistema estatal de dirección de los medios al servicio del Ejecutivo, y que se usan entre otras cosas para generar odio y violencia contra la disidencia, señala lo siguiente:

“Capítulo aparte e historia muy particular es el cuadro mediático del Estado. Lo que a partir de del 2002 irrumpe como una necesidad de reacción defensiva ante la “guerra mediática” de los medios privados, tal y como declararon desde el alto Gobierno, se ha venido convirtiendo en los años siguientes en un proyecto de “medios públicos” sobre la base de lo que se ha denominado la “hegemonía comunicacional”. Hoy todo el conjunto de medios del Gobierno en funciones de Estado, medios que deben ser de “servicio público”, se encuentran agrupados en el Sistema Bolivariano de Comunicación e Información (SIBCI)”⁵.

4 Bisbal, Marcelino, *Autoritarismo Comunicacional. Dimensiones del control*. Caracas: Los Libros de El Nacional, 2015, p. 32.

5 Bisbal, Marcelino, “Medios de comunicación social en Venezuela. Notas sobre nuestro escenario comunicativo”, en Bisbal, Marcelino y Aguirre, Jesús María (Comp.), *Encrucijadas de la comunicación en Venezuela*. Caracas: Centro Gumilla y Bid & Co editor, 2015, p. 20.

Por último, al destacar la gravedad que añade al cuadro actual de las comunicaciones, tanto estatales como privadas, la aplicación del Plan de la Patria, Marcelino Bisbal advierte:

“[L]as comunicaciones siguen ocupando un lugar de importancia dentro de este Plan de la Patria. Allí en consonancia al anterior Plan Simón Bolívar (Primer Plan Socialista 2007-2013), se declara «seguir construyendo la soberanía y la democratización comunicacional, por medio de un conjunto de sub-objetivos. Entre ellos destaca la idea de fortalecer el uso de los medios de comunicación para impartir valores bolivarianos, garantizar el derecho popular a la información veraz, actualizar tecnológicamente la plataforma comunicacional del Estado y moldear los medios de comunicación nacionales con la defensa de la patria y la consonancia con los valores socialistas»”⁶.

Nada de lo antes descrito es admisible en una sociedad democrática, plural, respetuosa de la libertad individual y del Estado de Derecho. Urge, en tal sentido, atender a lo que el ya mencionado Héctor Faúndez destaca sobre los límites que tienen los Gobiernos en otros países de la región al momento de intervenir y operar como agente en el ámbito de las comunicaciones. Señala Faúndez:

“[E]n lo que concierne a los medios radioeléctricos (radio y televisión), que dependen de un espectro electromagnético limitado, que a diferencia de la prensa hace absolutamente imposible que cada persona posea una radioemisora o una estación de televisión, es posible someterlos a un control más rígido, que tome en cuenta el servicio público que ellos prestan... En tal sentido, el artículo 43 del texto único ordenado de la Ley de Telecomunicaciones del Perú establece que la radiodifusión...es un «servicio privado de interés público». Pero si bien los medios radioeléctricos deben

6 Bisbal, Marcelino, “Medios de comunicación social en Venezuela. Notas sobre nuestro escenario comunicativo”, op. cit., pp. 27-28.

estar al servicio del público, sostener que la actividad de los mismos es un servicio público representa el serio peligro de que, con ese pretexto, el Estado pretenda reglamentar su actividad más allá de todo límite razonable y entrar a regular el contenido de los mensajes que se difunden a través de ese medio”⁷.

Ahora bien, ¿por qué ha sido posible en Venezuela la instauración de un Estado comunicador? No sólo por la absoluta inexistencia de límites legales y parlamentarios a la potestad del Ejecutivo Nacional de crear entes descentralizados “con forma de Derecho Privado”, debido a la muy insuficiente regulación que esa potestad organizativa tiene tanto en la Ley Orgánica de Administración Pública⁸ como en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sino también por la ausencia de comprensión política, jurídica, económica y social acerca de lo esencial que resulta limitar el tamaño, poder y acción del Gobierno en el ámbito de las comunicaciones y la información, como condición para la existencia de la democracia como del Estado de Derecho.

En Venezuela solo hay preocupación por la posición de dominio, monopolios e influencia que puedan tener o llegar a tener medios de comunicación privados o los grupos económicos privados que operen en dicho sector, pero nunca ha existido preocupación respecto de esa misma realidad cuando es el Gobierno, o el Estado en general, el que ostenta semejante poder en el ámbito de las comunicaciones, además del poder político, jurídico y económico que ya posee.

7 Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*. México: Universidad Autónoma de México, 2004, pp. 213 y 214.

8 Un análisis detenido sobre esta problemática en Herrera Orellana, Luis Alfonso, “La potestad organizativa en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública de 2014”, en *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. Caracas: UCAB, 2016, pp. 20 y ss, y que puede consultarse en: <http://goo.gl/VH55AA>

Es fundamental la regulación adecuada del rol del Estado en el ámbito de las comunicaciones, con la mayor libertad ideológica y mediante análisis de los costos y beneficios de las regulaciones a adoptar, pues de ello depende la buena salud de la democracia y del Estado de Derecho. Es urgente, además, tener en cuenta valoraciones de la libertad de expresión e información, desde perspectivas poco consideradas por las opciones políticas tradicionales en Venezuela, pero que redundan en beneficio de la vigencia del sistema democrático de gobierno, y del ideal político del Estado de Derecho.

Una de estas perspectivas, ajustada a lo que establece la Constitución en esta materia, es del académico Alberto Benegas, quien señala lo siguiente:

“Puede resumirse el asunto aquí tratado en el siguiente decálogo. Primero, absolutamente todo debe permitirse que se exprese lo cual no es óbice para que los que se sientan damnificados de algún modo recurran a la Justicia para su debida reparación. De lo que se trata es de abrogar toda posibilidad de censura previa. Segundo, lo anterior incluye ideas consideradas disolventes, las cuales deben ser discutidas abiertamente pero nunca aplicar criterios inquisitoriales. Tercero, no deben existir agencias oficiales de noticias al efecto de evitar la tentación de utilizarlas políticamente”⁹.

Otros aspectos a tener en cuenta, según el mismo autor, son medidas que pueden considerarse extremas, pero que sirven para debatir acerca de los límites que en una democracia debe respetar el Estado para no acabar con la libertad de expresión e información- Textualmente sostiene Benegas:

“[E]l espectro electromagnético y las señales televisivas (y las respectivas definiciones de los anchos de banda) deben

9 Benegas Lynch, Alberto (h), “Sin libertad de prensa no hay libertad”, 14 de diciembre de 2012), consultado el 05 de febrero de 2016 en: <http://goo.gl/imSDCp>

asignarse en propiedad y eliminar la peligrosa figura de la concesión. Quinto, los gobiernos no deben contar con medios de comunicación estatales ni involucrarse en relación alguna con la prensa oral o escrita, lo cual naturalmente excluye también —por la consiguiente incompatibilidad— a proveedores del gobierno. Sexto, no debe existir organismo de control de ningún tipo incluido los llamados horarios para menores en un contexto de satélites que toman señales de muy diversos husos horarios, situaciones que quedan reservadas a los padres y a las codificaciones y limitaciones de los propios medios (...) [B]ajo ningún concepto se debe promulgar una «ley de medios» ya que esto significa restringir la libertad de prensa, lo cual también excluye la posibilidad de efectuar distinciones entre capital extranjero y el nacional. Noveno, la red de Internet debe quedar al margen de las garras gubernamentales, del mismo modo que los operadores de cable. Y décimo, el cuarto poder bajo ninguna circunstancia debe estar obligado a revelar sus fuentes de información”¹⁰.

Ninguna de las propuestas previas se deriva de visiones dogmáticas, reñidas con el reconocimiento del rol arbitral e institucional que corresponde al Estado en el ámbito de las comunicaciones, sino de observaciones y sentido común, si de lo que se trata es de asegurar el ejercicio pleno de las libertades de expresión e información, actualmente desconocidas en Venezuela. Explica Alberto Benegas, en tal sentido, que:

“[E]l conocimiento está disperso entre millones de personas y para sacar partida de ello es necesario que las puertas y ventanas se encuentren abiertas de par en par para que cada uno exprese libremente su punto de vista al efecto de los fértiles intercambios de ideas y para dar lugar a eventuales refutaciones de las corroboraciones siempre provisionarias. La libertad de prensa o libertad de expresión significa eso y

10 Ibídem.

simultáneamente hace de contralor insustituible al poder de turno, al tiempo que informa de los actos de gobierno a la población en un proceso abierto de competencia. Quienes estimen que pueden imprimir o decir de mejor manera lo pueden hacer instalando otro medio —y si no disponen de los recursos necesarios los reclutan en el mercado si es que lo que proponen resultara atractivo y viable—... Al efecto de tender a la pluralidad de voces es también indispensable que el mercado se encuentre totalmente abierto, no solo en cuanto a lo que en esta nota dejamos consignado, sino a la libertad plena de incorporar la tecnología que se considere conveniente y comerciar con quienes ofrecen las mejores condiciones, independientemente del lugar geográfico en que se encuentren. Surge un silogismo de hierro en esta materia: si no hay libertad de prensa con sus denuncias, críticas y límites al poder, el Leviatán se hace más adiposo y grotesco, ergo, corroe, deglute y destroza las libertades individuales”¹¹.

Impedir mediante reformas legislativas la existencia y futura conformación de monopolios estatales no es una medida reñida con la libertad de expresión e información, ni tampoco que promueve los monopolios privados en la materia, sobre lo cual, en todo caso, conviene siempre hacer las importantes diferencias que existen entre una posición de dominio sin abuso por parte de medios privados, y una posición de dominio o monopolio estatal.

II. PROPUESTAS PARA EL RESTABLECIMIENTO PLENO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN VENEZUELA

Estas propuestas se han dividido en los dos ámbitos de acción de la Asamblea Nacional (AN): el ejercicio de su activi-

11 *Ibíd.*

dad propiamente legislativa y el uso de sus competencias de control político sobre el Ejecutivo Nacional, como parte fundamental de un estado democrático en el ejercicio de la independencia de los poderes públicos y el contrapeso y contraloría que entre ellos debe existir.

1. En materia de función legislativa

A. Derogatoria inmediata de Leyes y Decretos Presidenciales

a. Derogatorias de la LOT

De más está señalar que esta Ley requiere de un análisis profundo que permita depurar en su totalidad todas aquellas competencias excesivas que resultan en limitaciones arbitrarias de los derechos de las personas, incluso de algunos diferentes a los de libertad de expresión e información. En tal sentido, estas propuestas deben ser tomadas como un primer paso, y a juicio de UED, es el más urgente para que en un futuro no lejano Venezuela cuente con una legislación integral de la materia que sea una verdadera garantía y no un instrumento de represión y arbitrariedades al servicio del gobierno.

En concreto, se propone la reforma o eliminación, total o parcial, de varias disposiciones:

Artículo 37 (de las competencias). Se propone su derogatoria parcial con el objetivo de eliminar los siguientes numerales: 12, relativo a la competencia para aprobar las condiciones generales de los contratos, por ser una materia que corresponde a la autonomía de la voluntad de las partes en acuerdos libres sin intervención de terceros ajenos a la relación contractual; 14, relativo a la competencia de CONATEL para dictar medidas preventivas por las razones ya expuestas; el numeral 31 que se refiere a “las demás atribuciones que le asigne la ley”, por dejar abierta la posibilidad de CONATEL de limitar cada vez más los derechos de los particulares.

Artículo 158 (de las sanciones). Se propone su derogatoria parcial para eliminar los numerales: 5. Inhabilitación y 6. Comiso de equipos y materiales utilizados para la realización de la actividad, ya que estas sanciones solo deben atribuirse a Tribunales que actúen de manera imparcial.

Artículo 169 (relativo a la reincidencia). Se propone su derogatoria parcial por permitir que la reincidencia por cualquier incumplimiento pueda conllevar a la revocatoria de la habilitación o la concesión, pues, se desprende de la propia LOT que varios incumplimientos son verdaderamente de poca relevancia y que no justificarían que se revoque el título habilitante. En este sentido, sugerimos que sea eliminada la última parte que dispone "...sin perjuicio de la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión correspondiente", y que en general se especifique en la LOT que solo cabe la reincidencia cuando el acto previo que declaró el incumplimiento o impuso la sanción haya quedado firme y no esté abierto a demanda ni sujeto a un juicio en marcha.

Artículo 171. Se propone su derogatoria total por desarrollar lo relativo a la inhabilitación por espacio de 5 años a los prestadores, cuestión que como ya fuera indicado, corresponde aplicar exclusivamente a un tribunal y no en forma unilateral a un ente de la Administración Pública.

Artículo 172. Se propone su derogatoria total por desarrollar lo relativo al comiso. Esa es una competencia excesiva, que se traduce en violaciones de los derechos a la defensa y a la propiedad de las personas, que al igual que la confiscación en materia penal, solo pueden aplicar los tribunales.

Artículos 181, 182 y 183. Se propone su derogatoria total por atribuir la facultad de dictar medidas cautelares administrativas en ejercicio de la potestad de autotutela, cuestión que no corresponde a CONATEL por ser excesiva y violatoria de los derechos de las personas.

b. Derogatoria de la Ley RESORTE

En cuanto a la Ley RESORTE, simplemente se propone la derogatoria total de esta ley. Ello, a diferencia de lo propuesto en fecha reciente en una reforma presentada por profesionales de la comunicación, por cuanto consideramos que dicha legislación contiene disposiciones que exceden la potestad administrativa de limitación y conllevan a violaciones de la libertad de expresión e información, a los derechos de propiedad privada y al libre ejercicio de la actividad económica de telecomunicaciones.

Esa Ley regula hasta el más mínimo aspecto de esa actividad, degenerando así en un absoluto control por parte del Directorio de Responsabilidad Social y del Ejecutivo Nacional sobre todos los contenidos que se transmiten por radio y televisión. Asimismo, los habilita para suprimir aquellos que no se ajusten o no crean convenientes a su programa de Gobierno. Contiene también un régimen sancionatorio excesivo que otorga potestades que en un Estado de Derecho corresponderían solamente a tribunales imparciales en los que se garantice el derecho a la defensa y el debido proceso.

Lo cierto es que tanto la LOT como la Ley RESORTE resultan violatorias del derecho a expresar libremente sus opiniones y el derecho a ser libremente informado. También vulneran la libertad de empresa y los derechos de propiedad.

c. Derogatoria de otras Leyes conexas

Hay otras normas legales o del mismo rango que, igualmente, habrían de ser derogadas en su totalidad, porque afectan de manera más o menos directa en estos derechos constitucionales y, en general, a la democracia y al Estado de Derecho. No queremos dejar de proponer la derogatoria total de los siguientes instrumentos normativos:

- Derogatoria de la Ley de Defensa de la Soberanía Política y la Autodeterminación Nacional.
- Derogatoria de la Ley de Comunicación Popular (y en su lugar sancionar alguna ley que fomente la participación en esta materia sin imposición ideológica).
- Por último, también es urgente la derogatoria total de los artículos 147, 148, 159, 150 y 150 del Código Penal, que tipifican delitos por lesión del honor y reputación de funcionarios e instituciones públicos y que, en tal sentido, limitan inconstitucionalmente los derechos de libertad de expresión e información. Concretamente se hace mención a los artículos que contienen los llamados delitos de desacato, que ampliamente han sido censurados por los organismos internacionales de protección de derechos humanos y la doctrina.

B. Aprobación de normas legales

a. Modificaciones de la LOT

En el caso de la LOT se propone incluir las siguientes nuevas normas jurídicas:

Artículo i. El Presidente de la República, personalmente o a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, podrá llamar a cadena nacional de radio y televisión exclusivamente cuando exista emergencia nacional, calamidad pública o se vea afectada de alguna manera la soberanía nacional.

En estos casos, podrán enlazar, de manera gratuita, todos los medios radiales y televisivos, de señal abierta, para hacer anuncios de relevancia nacional. Dichos anuncios no podrán exceder de diez minutos continuos y no podrán enlazarse los medios radiales y televisivos más de dos veces diarias.

Otros anuncios de relevancia nacional que esté justificado realizarse excediendo el tiempo o el límite diario podrán transmitirse por los medios oficiales que garantizarán que los ciudadanos obtengan información oportuna sobre las decisiones de Estado.

Artículo ii: Cuando existan procesos electorales, el Consejo Nacional Electoral podrá enlazar, de manera gratuita, todos los medios radiales y televisivos, de señal abierta, a fin de hacer llamados a votación, de informar a la población cómo y cuándo se ejecutará el proceso electoral, los cargos a elegir y cualquier otra información relativa a dicho proceso. Asimismo podrá enlazar en las mismas condiciones los medios señalados a fin de emitir los resultados correspondientes al proceso electoral que se lleve a cabo.

Los mensajes correspondientes al llamado a votación y demás información no podrán exceder de dos minutos y se transmitirán una vez al día durante el período de campaña electoral. Por su parte, el anuncio de los resultados se transmitirá en el momento que el Consejo Nacional Electoral lo disponga y no podrá exceder de diez minutos.

Otros anuncios correspondientes a los procesos electorales que pretendan realizarse excediendo el tiempo o el límite diario, podrán transmitirse por los medios oficiales que garantizarán que los ciudadanos obtengan información oportuna sobre las decisiones de Estado.

Artículo iii: Fuera de los límites señalados en los artículos precedentes, los medios de comunicación radiales y televisivos de señal abierta no estarán obligados a transmitir los mensajes dispuestos por el Presidente de la República, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, el Consejo Nacional Electoral o algún otro órgano o ente del Estado.

Artículo iv: Se limita hasta el 20 % del mercado nacional, estatal y municipal, según el caso, la participación como propietario o accionista del Poder Nacional, Estatal y Municipal, así como de quienes ocupen cargos públicos en ellos, en medios de comunicación social (radio, tv, prensa y medios electrónicos) a fin de evitar monopolios estatales o la posición de dominio de los medios estatales en el ámbito de las comunicaciones.

Artículo v: Se prohíbe al Ejecutivo Nacional, Estatal o Municipal adoptar medidas administrativas de ejecución inmediata que impliquen la revocatoria unilateral de concesiones, autorizaciones y habilitaciones a medios de comunicación privados, así como la toma en posesión de equipos empleados por éstos sin una sentencia judicial previa firme que declare conforme a Derecho ese proceder.

Artículo vi: Se prohíbe al Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal, así como a cualquier otra autoridad estatal, el imponer contenidos a medios de comunicación social privados nacionales o regionales invocando para ello conceptos indeterminados.

Artículo vii: Solo podrán adoptarse medidas administrativas de suspensión o prohibición de contenidos emitidos por medios de comunicación privados cuando se verifiquen alguno de los casos que la Constitución reconoce como límites de la libertad de información y expresión, a saber, el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y la intolerancia religiosa; en cualquier otro caso, dichas medidas podrán ejecutarse sólo si en forma previa, a través de una medida cautelar, lo acuerda un tribunal.

Artículo viii: El Ejecutivo Nacional, en un plazo no mayor de tres (3) meses, adoptará las medidas reglamentarias, técnicas y de inversión necesarias para asegurar a los particulares la diversificación en el acceso a internet y eliminará el

actual monopolio estatal de conexión a dicho servicio, que ejerce la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela, CANTV.

Artículo ix: Se prohíbe al Ejecutivo Nacional, en ejercicio de su potestad de organización, crear órganos o entes con competencias y potestades contrarias a la libertad de expresión e información, que prohíban, ordenen o controlen los contenidos de los medios de comunicación privados, que censuren o generen autocensura, así como para establecer monopolios o posiciones de dominio coactivos, lo que se derogan y dejan sin efectos todos los actos sub-legales que actualmente contemplen dichas potestades u organización administrativa.

b. Modificaciones de otras leyes conexas

En el caso de otras leyes vinculadas con la materia de libertad de expresión e información, se propone incluir las siguientes nuevas normas jurídicas:

- Reformar la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para establecer limitaciones a los medios de comunicación social en cuanto a difusión de contenidos y programación en relación con horarios y portadas en medios impresos, lo que en ningún implica prohibición de difusión de contenidos.
- Establecer mecanismos flexibles en la legislación cambiaria, mientras ésta no sea derogada, para facilitar el acceso de los medios de prensa a divisas para la importación de papel.
- Adoptar, mediante ley orgánica, las recomendaciones y órdenes de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de libertad de información y expresión en sus informes y sentencias sobre Venezuela.

- Establecer reglas transparentes y límites a los recursos invertidos por los Poderes Públicos en publicidad oficial, sujeta dicha inversión a rendición de cuentas ante el Poder Legislativo nacional, estatal y municipal.

2. En materia de función de control político

Entre otras acciones, se proponen a la AN adoptar las siguientes:

A. Suspensión inmediata de entrega de recursos públicos a entes descentralizados y a medios comunitarios "privados" creados con fines propagandísticos e ideológicos

A través de un procedimiento parlamentario de la Comisión de la AN correspondiente, se propone revisar la justificación del otorgamiento de porciones del espectro radioeléctrico y frecuencias a medios "comunitarios" y a medios calificados como "empresas de responsabilidad social". También sugerimos que se examine el contenido de la programación de dichos medios y se evalúen los costos y beneficios de invertir fondos públicos en ellos, deteniendo toda asignación de nuevos recursos hasta que haya culminado dicho procedimiento. Por último, proponemos evaluar la justificación de creación de televisoras, portales y emisoras estatales para organismos de la Administración Pública (como la Fuerza Armada entre otros) y los costos y beneficios de mantener dichos medios.

B. Inicio de investigación parlamentaria sobre medidas e impacto de los monopolios estatales creados en el sector y el destino de los recursos asignados a éstos

A través de un procedimiento parlamentario de la Comisión de la AN correspondiente, se propone identificar las medidas que adoptaron los monopolios estatales creados en el sector comunicaciones por el Ejecutivo Nacional en perjuicio de la libertad de expresión e información. También, precisar qué

destino dieron a los recursos en moneda nacional y en divisas que recibieron y cuáles son los resultados de sus actividades administrativas y comerciales. Todo ello con miras a establecer, donde procedan, las responsabilidades por violaciones a la libertad de expresión y de información, y por irregular manejo de fondos públicos.

Impulsar medidas desde la instancia parlamentaria dirigidas a garantizar el acceso a divisas de los medios impresos para que puedan adquirir el papel con proveedores de su elección. Promover acciones para acabar con el monopolio del CEAM en la proveeduría de papel prensa.

A través de la revisión legislativa de la LOT establecer las bases para la reforma administrativa de CONATEL para reforzar su condición de ente autónomo sin dependencia ninguna del Gobierno de turno, conformada como una comisión mixta, polivalente y colegiada, en la que participen activamente la academia, miembros de la sociedad civil, periodistas y abogados independientes, entre otros profesionales y expertos en comunicación con reconocida trayectoria y probidad, y para que el marco jurídico aplicable permita a CONATEL ejercer un control limitado y no punitivo sobre las materias referentes al negocio de los medios, dentro del marco constitucional y los derechos fundamentales de una sociedad democrática.

En cuanto al acceso a internet, tener en cuenta que en los tiempos actuales si una sociedad tiene dificultades considerables para mantener un acceso de calidad a Internet, esto incide negativamente en el ejercicio democrático, pues sus integrantes están mucho menos informados y en capacidad de actuar con autonomía política.

Por tanto, urge que la AN investigue esta realidad de las fallas, obstáculos y limitaciones inconstitucionales al servicio de internet, y adopte y proponga las condiciones que hagan posible ampliar el mercado y acabar con el monopolio sote-

rrado de la estatal CANTV respecto de este servicio. Se hace indispensable que otros proveedores con tecnología propia puedan ofrecer un servicio de calidad, que les permita a los venezolanos escoger el mejor servicio sin el temor del control o la baja calidad.

C. Inicio de investigación parlamentaria sobre fines, costos y beneficios de la publicidad oficial en medios públicos y privados, e inversión de recursos públicos del Estado venezolano en medios regionales (caso TELESUR)

De acuerdo con investigaciones del Instituto Prensa y Sociedad (IPYS), el Ejecutivo Nacional ha elevado de manera sostenida y exponencial el gasto de la nación destinado a la publicidad y la propaganda oficiales. Textualmente indica el informe aludido, que:

En 2015, la inversión pública para publicidad y propaganda acumula Bs. 612.867.446,00 (\$ 97 mil), cuatro veces más de las partidas que se ejecutaron en 2012, que coincidió con la última campaña presidencial de Hugo Chávez. El Estado también se vale de la asignación de la publicidad para discriminar a la prensa privada con tendencia crítica, fomentar la dependencia y forzar al ejercicio de un periodismo cada vez menos incómodo para el poder.

Este proceder debe ser objeto de una investigación de la AN, para determinar la veracidad de estos hechos, establecer responsabilidades y adoptar medidas legislativas y de otra índole para que no sigan ocurriendo tales situaciones.

Del mismo modo, urge que la AN investigue el alcance, justificación en términos de costos y beneficios para los venezolanos y viabilidad en medio de la actual crisis económica nacional, de la participación accionaria de la República en medios de comunicación estatales regionales como TELESUR, cuya programación y línea editorial es, en general, contraria a

los principios y estándares internacionales en materia de libertad de expresión y de información.

En esta Venezuela de 2016, en el ámbito de las libertades de expresión e información, la lucha contra las inmunidades del poder requiere de una acción parlamentaria firme, que depure el ordenamiento jurídico y ejerza el control político sobre la ineficiente y autoritaria organización administrativa, mediante el ejercicio de sus competencias constitucionales.