

LIBERTAD DE EXPRESIÓN VS. DERECHO AL HONOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. CASO: CALMA PUEBLO

Jonás E. Aponte A.

Profesor de Armonización Tributaria en la ENAHP – IUT

Resumen: Con el presente trabajo pretendemos abordar la censura del programa radial Calma Pueblo, producto del comentario realizado por una de sus presentadoras hacia un niño de siete (7) años que, a criterio de la Administración, pudo haber vulnerado su derecho al honor. Las disertaciones de este trabajo giraron alrededor del derecho a la libertad de expresión como derecho fundamental y que garantiza los pilares democráticos de toda sociedad libre, y cómo a partir de la desviación de poder fueron censuradas voces de libertad.

Palabras clave: Calma Pueblo. Verónica Gómez. Libertad de expresión. Derecho al honor. Servicio público.

Summary: With this work, we intend to address the censorship of the Calma Pueblo radio program, as a result of the comment made by one of its presenters to a seven (7) year old boy who, at the discretion of the Administration, may have violated his right to honor. The dissertations of this work revolved around the right to freedom of expression as a fundamental right and that guarantees the democratic pillars of any free society, and how from the deviation of power voices of freedom were censored.

Key words: Calma Pueblo. Verónica Gómez. Freedom of expression. Right to honor. Public service.

Recibido: 9 de agosto de 2019 Aceptado: 15 de enero de 2020

SUMARIO

Prolegómeno

- I. De la conversación
 - II. Del derecho al honor del niño
 - III. Del derecho de libertad de expresión
 - IV. Violación del debido proceso
- Recapitulación

PROLEGÓMENO

La crítica y el reclamo como valores inefables e ineludibles en cualquier sociedad democrática han sido enucleados en la censura en la era marcada por el socialismo del siglo XXI. Las políticas totalizantes hacen de los individuos cada día más ciudadanos ciervos. Personas que temen pensar porque tienen miedo de hacerlo; personas que no expresan sus ideas, porque apostan han logrado que carezcan de ellas; personas que sirven y obedecen, porque es lo que le han inficionado mentalmente y que, lamentablemente, han sido absorbidas en la vorágine de la censura y control antes que la libertad.

La era chavista ha provocado que las nuevas generaciones desconozcan cuáles son los pilares sobre los cuales se erige una sociedad libre y democrática y que, incluso, algunos ya no tan jóvenes hayan paulatinamente borrado aquellas líneas maestras. Esta situación provoca que la censura a medios de comunicación se vea normal y cotidiana, las expropiaciones se aprecien como prácticas comunes por parte del Estado, que resulte plausible condenar a prisión a comerciantes que tienen bajo buen recaudo su mercancía, acusándolos de acaparadores, que la especulación sea una noción contraria al comercio y que las elecciones sean el único baluarte de la democracia.

El cierre de medios de comunicación, así como la censura que viven los comunicadores sociales es realmente alarmante;

pero más preocupa que la sociedad, en situaciones muy específicas, aún no termine por reconocer la importancia de la libertad de expresión como derecho fundamental y que, para poder limitar legítimamente ese derecho, tales expresiones deben ser capaces de provocar una hecatombe social. Tácticas cismáticas del gobierno chavista han provocado que algunos comentarios o expresiones resulten mal vistos por la comunidad y, a partir de allí, procurar justificar el cierre o cesión de espacios televisivos, radiales o electrónicos¹. Pero, lo que hace el régimen en el fondo es legitimar su actuación ilegal y además censurar la libertad de expresión *ex nunc*.

Un hecho ocurrido hace aproximadamente dos (2) años me convocan, aunque tardíamente, a escribir estas breves y humildes líneas: el cierre impuesto por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) al programa radial “Calma Pueblo” transmitido en la estación radial La Mega, por un comentario que hizo una de sus presentadoras en contra de un niño de siete (7) años, al llamarlo gay luego de que éste expresara su preferencia deportiva por el jugador de fútbol Cristiano Ronaldo. La salida al aire se produjo al día siguiente,

1 En similares términos se han pronunciado Herrera y Matheus, en el sentido que: “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”. Cfr. Herrera O., Luis A. y Matheus H., Mayerlin, “Las inmunidades del poder contra las libertades de expresión e información: propuestas para el restablecimiento pleno de la libertad informativa en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (REDAV) N° 8, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávil, Caracas, 2016, p. 192.

por vulnerar, presuntamente, la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos.

Dichas expresiones han hecho que la opinión pública se divida en dos (2) grandes segmentos: por un lado, están los que apoyan la medida de cierre patrocinada por CONATEL y, por el otro lado, quienes la consideran abusiva y desproporcionada. En todo caso, algunas personas parecen estar conteste en lo adocenado del comentario y que se pudo, en el marco de la fustigante censura que sufren los medios de comunicación, haberse evitado. Preocupa, igualmente, que existan personas que aplaudan el cierre de un programa radial, sin advertir que con ello se mutila a la libertad de expresión, principal bastión de la democracia. Al mismo tiempo, el comentario genera otro gran debate: ¿cuándo es admisible vituperar expresiones, manifestaciones o ideas amparadas por la libertad de expresión?, o dicho de otro modo: ¿cualquier colisión con otro derecho de igual o superior rango permiten la censura absoluta de ésta?

El honor, derecho que pudo haber sido conculcado por el comentario de la presentadora es difícil de contornear, precisamente, por las valoraciones sociales, culturales, políticas y económicas que sobre el mismo orbitan; adicionalmente, los verbos rectores que motorizan la vulneración de ese derecho no pueden apreciarse objetivamente, por cuanto, irrefragablemente, siempre existirá el elemento subjetivo, lo que lo hace altamente relativo. Adicionalmente, existe una nueva sensibilidad alrededor del honor la cual ha sido erigida por una serie de fallos judiciales en el siempre espinoso ámbito de la colisión entre los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión y los derechos fundamentales de la personalidad, del honor, a la intimidad y a la imagen y que, por desgracia, se manifiestan en una mayor preocupación por la protección de estos últimos en detrimento de aquellos².

2 De Verda y Beamonte, José Ramón, "Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamen-

Es preciso advertir de forma preliminar, antes, claro está, de poner mi posición sobre el tapete, que en este programa desde sus inicios se mostró una posición política adversa al chavismo. Entre juegos, chácharas y canciones, todas en clave de humor, exponían su animadversión a algunos de los adalides y capitostes del gobierno, situación que siempre los mantenía en el ojo de huracán. Llegaron a tener más de cincuenta (50) anunciantes, un número bastante elevado considerando el hecho que el programa se transmitía en la radio y que, durante esos años, se vivieron las peores crisis económicas y políticas en el país.

La realidad es que el Estado a través de CONATEL tenía intenciones de cerrar el programa radial, pero, por muy difícil que parezca demostrarlo, debía darle cierta legitimidad y moralidad a su actuación, de manera que la tropelía que estaba por cometer no formara parte de las miles de denuncias de censura que hasta ese momento se le imputaban³. Su misión

tales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución* N° 29, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.29.10>, p. 390.

- 3 Bastante expresivo es el informe levantado por Espacio Público, en el que señala que para el año 2017: “se documentaron 708 casos que sumaron 1002 denuncias de violaciones al derecho humano a la libertad de expresión. Estos datos son los más altos desde el año 2002 y muestran un deterioro sustantivo de las garantías de este derecho en Venezuela. Los 708 casos en los que se vulnera el derecho a la libre expresión en su mayoría corresponden al uso de la violencia física, la intimidación y ataques no solo a trabajadores de la prensa, sino también contra ciudadanos que buscaban registrar los hechos que sucedían al momento. Entre los patrones de violaciones más frecuentes están: detenciones, impedimento de cobertura, robo de equipos, destrucción de material, desalojo de espacios o instituciones públicas; agresiones contra periodistas, reporteros gráficos o infoc Ciudadanos por registrar hechos o difundir información; y ataques contra sedes o equipos de medios de comunicación, la mayoría de estos durante protestas de calle. El año 2017 cerró con la salida del aire de ocho canales de televisión, 54 emisoras, y 17 medios impresos que dejaron de circular por falta de papel prensa, seis de ellos indefinidamente”. Disponible en: <http://espaciopublico.org/informe-anual-2017/#.XUsZ9-hKjIU>.

era, como buen cazador, estar silente, sigiloso y vigilante de su presa, ser centinela de opiniones y esperar el mejor momento para dar el zarpazo. Su actuación lejos de ser legal, legítima y justa, albergaba uno de los más nefandos vicios de la actuación administrativa: el vicio de desviación de poder⁴.

La desviación de poder implica que la autoridad administrativa que se sirve del poder que le ha sido conferido, lo emplea para obtener un fin distinto de aquel buscado por la ley, soslayando la finalidad de ésta, los servicios públicos y los principios que la informan⁵. En apariencia el acto puede ser legal, pero entraña sentimientos, pasiones y rencores en contra del afectado que lo enervan teleológicamente. En forma, este vicio no se aprecia *prima facie* pero la felonía de su contenido es evidente.

4 Un excelente estudio sobre el exceso de poder fue realizado por el Catedrático Lorenzo Martín Retortillo-Baquer, en el que magistralmente, con su refinada pluma, dibujó un excursus histórico de dicho vicio, de todas sus variaciones y de los crisoles que lo acompañan, entre ellos, el de la desviación de poder, especialmente confeccionado por la jurisprudencia y legislaciones de Francia e Italia. Para este autor la desviación de poder se da en aquellos supuestos en que, faltando el fin que motoriza la actividad administrativa y la causalidad que esta expresión lleva consigo, el acto está inspirado en un interés personal del agente que lo emana, ya sea de carácter patrimonial, de venganza o de diversidad del pensamiento político. En tal sentido, expone Martín Retortillo, que: “[l]a desviación de poder existirá, por lo tanto, siempre que se olvide la primera característica que matiza su propia teleología, es decir, el carácter público de la misma”. *Cfr.* Retortillo-Baquer, Lorenzo Martín, “El exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *Revista de administración pública* N° 23, Civitas, Madrid, 1957, p. 120. En Venezuela Carlos García Soto ha dado algunos pincelazos sobre el origen de la desviación de poder en Venezuela y cómo se produjo su regulación constitucional. *Cfr.* García S., Carlos, “Incluso por desviación de poder’. Notas acerca de los orígenes de una parte de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativo”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)* N° 3, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2014.

5 Corte Federal de 28 de septiembre de 1954.

Así las cosas, para fines metodológicos del presente ensayo, es oportuno transcribir la conversación mantenida entre Manuel Silva (presentador) Verónica Gómez (presentadora) y Alejandro [niño de siete (7) años], de manera que en el contexto de la conversación sea valorado agudamente el comentario realizado, para luego disertar someramente de lo que ha debido hacer CONATEL si pretendía cerrar el programa y de los derechos constitucionales que se vulneraron, entre ellos la libertad de expresión y el debido proceso. Por tal motivo, una vez transcritos los extractos de la conversación serán puntualizados los errores que a nuestro criterio fueron cometidos en este caso, que ponen de rodillas los derechos fundamentales arriba señalados.

I. DE LA CONVERSACIÓN

Verónica: Ale, te quiero hacer una pregunta ¿tú estás yendo al colegio en carro, o cómo está yendo al [colegio]?

Manuel Silva: ¿O en limosina?

Alejandro: en carro.

Verónica: ¿Y tu mamá consiguió gasolina? Porque dicen que no hay gasolina en Margarita ¿Esto es verdad Alejandro?

Alejandro: sí.

Verónica: ¿hay colas horribles para poner gasolina?

Alejandro: Ujum. [Sonido hecho con la boca, significa sí].

Verónica: Alejandro, ¿Y qué te parece a ti eso viniendo de un país petrolero?

Alejandro: no sé.

Verónica: ah perfecto.

Manuel: ah muy bien. Tú eres un niño muy inteligente, porque cuando alguien no sabe algo uno dice: no sé; no inventa porque inventar queda peor. Te quería hacer una pregunta, Alejandro: -¿Qué llevas de desayuno?

Alejandro: tequeños.

Verónica: uff pero niño tan increíble.

Manuel: mamá y papá fueron para un matrimonio este fin de semana, miren por favor, padres...

Verónica: este es el primer día, mañana le mandan una arepa envuelta en servilletas.

Manuel: tequeños recalentados después de una boda no es una buena idea, por favor, padres.

Verónica: ¿Cuál es tu desayuno favorito para llevar al colegio?

(...*Omissis*...)

Verónica: ¿Qué?

Manuel: ¿Cómo? ¿Cualquiera dijiste? Entendí cualquiera.

Verónica: mira Ale, quiero hacerte una pregunta: ¿Cuándo seas grande quieres tener bigotes?

Manuel: ¿Que si quieres tener bigotes cuando seas grande?

Alejandro: sí.

Verónica: Ahh como Maduro, muy bien. [Se refiere a Nicolás Maduro].

Manuel: como Manuel.

Verónica: ahh como Manuel.

Manuel: dale buenas imágenes al niño.

Verónica: mira ehh, Alejandro, ¿Cuál es tu postura política? ¿Tú eres opositor o eres oficialista?

Manuel: deja al niño Verónica, coye vale, ahí está.

Verónica: está pensando, está bien.

Manuel: está pensando... no... que mami y papi le dice que no participe.

Verónica: así es la democracia.

Manuel: Alejandro, mira.

Alejandro: opositor.

Verónica: opositor, dijo, muy bien, Alejandro.

Manuel: tu materia favorita va a ser la última pregunta, me cuentas porqué te gusta.

Alejandro: no puedo escuchar.

Verónica: perdió la audición el niño... alooo...

Alejandro: ahora sí.

Manuel: ok, estaba pasando por un túnel. ¿Cuál es tu materia favorita que te gusta a ti mucho?

Alejandro: hacer deportes.

Verónica: hacer deportes.

Manuel: ¿Cuál es tu favorito?

Alejandro: fútbol.

Manuel: muy bien, que fino.

Verónica: **¿y quieres ser como Messi o como Ronaldo?**

Alejandro: **Ronaldo.**

Verónica: **ahh, gay... bueno...**

Manuel: la mujer está alcohólica.

Verónica: Ale, te amo, Dios te bendiga.

Manuel: Dios te bendiga Alejandro; saludos a tu mamá, a tu papá a los dos en la casa y a todos los niños de Margarita.

Manuel: totalmente, totalmente, porque tendría que tener al niño disfrazado para ir al colegio.

Verónica: **ahhh, el niño gay que quiere ser como Ronaldo; vamos a sacarle las cejitas... vamos a sacarle las cejitas...**

Manuel: en todo caso metrosexual.

II. DEL DERECHO AL HONOR DEL NIÑO

Como puede apreciarse, hubo dos (2) comentarios realizados por la presentadora que pudieron haber afectado el honor de un niño: el primero, llamarlo gay por tener preferencias por Cristiano Ronaldo, y el segundo, decir que en virtud de ello le sacarían las cejas. Ernesto Villegas⁶, importante personero del Gobierno, en su programa de televisión “Toma nota Venezuela” transmitido en Venezolana de Televisión, al tiempo que criticó los comentarios en el que se aludía gay al niño también reprochó que lo hubieran increpado para conocer su posición política.

El derecho al honor está protegido constitucionalmente, el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a tal respecto, dispone que:

Artículo 60. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

Asimismo, la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente (LOPNA), en su artículo 65, establece que:

Artículo 65. Derecho al Honor, Reputación, Propia Imagen, Vida Privada e Intimidad Familiar. Todos los niños y adolescentes tienen derecho al honor, reputación y propia imagen. Asimismo, tienen derecho a la vida privada e intimidad de la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales.

Parágrafo Primero: Se prohíbe exponer o divulgar, a través de cualquier medio, la imagen de los niños y adolescentes contra su voluntad o la de sus padres, representantes o responsables. Asimismo, se prohíbe exponer o divulgar datos, imágenes o informaciones, a través de cualquier

6 <https://www.youtube.com/watch?v=GzUnAiXiBYI&t=189s>

medio, que lesionen el honor o la reputación de los niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.

Parágrafo Segundo: Está prohibido exponer o divulgar, por cualquier medio, datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente, a los niños y adolescentes que hayan sido sujetos activos o pasivos de hechos punibles, salvo autorización judicial fundada en razones de seguridad u orden público.

La protección del honor es ostensible tanto legal como constitucionalmente; empero, como buen enunciado normativo, no se define la conducta que se quiere resguardar. Sin embargo, la LOPNA consagra un elenco de situaciones, conductas y acciones que deben evitarse para no torpedear este derecho, entre las cuales tenemos: *i)* no divulgar imágenes, datos e información de niños sin el consentimiento de sus padres; y *ii)* se prohíbe exponer información que permita la identificación de niños que estén sometidos o hayan sido sometidos a un proceso judicial.

Aunque autores como Risso, contrario a lo que podría pensarse, aducen que el honor tiene dos (2) áreas bastante nítidas: *i)* el derecho al propio decoro⁷. Ello comporta que a nadie se le imponga la ejecución de actos, hechos u omisiones que lo disminuyan; y *ii)* la protección frente a intromisiones injustas. No obstante ello, al mismo tiempo señala que es difícil lograr pautas para la determinación de cuándo un acto lesiona ese derecho, siendo necesario el estudio de cada caso particular, toda vez que estaría compuesto de dos (2) elementos: *i)* de una valoración estrictamente subjetiva, toda vez que para un

7 Risso F., Martín J., "Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2002, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3561/3327>, p. 279.

sujeto algo puede ser decoroso y para otro no serlo y; ii) valoración media de la colectividad, ya que incide en la cuestión el hecho de que cierto acto sea socialmente considerado indecoroso, teniendo en cuenta que estas apreciaciones se modifican con el tiempo y en cada sociedad en particular⁸.

Con el propósito de explicitar lo anterior, señala Risso, a guisa de ejemplo, que a una persona se le imputa ser partidaria o afín a grupos o prácticas terroristas y admitiendo que tal práctica viola los cánones medios en cuanto a lo que se corresponde con un comportamiento honroso, habría que preguntarse, desde el plano subjetivo, si el individuo es terrorista o afín al terrorismo, porque si fuese afín, no habría problema, pero, si la imputación es falsa sí habrá lesión al honor del sujeto⁹.

Sin embargo, en España este ejemplo tuvo un desenlace diferente. Un acreditado periodista radiofónico al informar sobre una reunión del presidente en funciones de la Generalidad de Cataluña en Perpiñán, afirmó que el partido político ERC “está lleno de pistoleros sin arrepentir”, llamando “terrorista” a uno de los dirigentes de dicho partido. El Tribunal Constitucional absolvió al periodista y la cadena en la que trabajaba, pronunciándose en los siguientes términos:

Es cierto que tales expresiones se sitúan en los límites de lo admisible por su marcado carácter hiriente y desmesurado, pero las manifestaciones realizadas en los programas radiofónicos examinados se encuentran amparadas por la libertad de expresión, por cuanto que se enmarcan en un debate nítidamente público y de notorio interés, fueron pronunciadas por un periodista y se referían a la actividad de dirigentes políticos en cuanto tales, lo que amplía los límites de la crítica permisible, por tratarse de un debate de relevante inte-

8 *Ibidem*, p. 280.

9 *Ídem*.

rés general, lo que comporta un riesgo de que los derechos subjetivos de personas públicas puedan resultar afectados por dichas opiniones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática¹⁰.

Ahora bien, el caso planteado en el programa radial Calma Pueblo presenta varias aristas que hacen que la valoración resulte más compleja, fundamentalmente porque la libertad de expresión no protege de la misma forma a las personas que dentro de sus actividades manifiesten críticas y desavenencias hacia el Gobierno de aquellos que emitan comentarios contra personas que no formen parte de la esfera pública. Pero si bien la libertad de expresión enfrenta una posición compleja en situaciones como la planteada, siempre deberá existir un proceso de valoración del comentario que garantice que el mismo haya sido analizado pasado por un tamiz social, económico y político y, sin duda alguna, más importante aún, de su resonancia *a posteriori*.

Entre las tasaciones que han debido hacerse en el presente caso, tenemos las siguientes:

La primera, los comentarios fueron proferidos en contra de un niño. Esta situación genera en la colectividad un inmediato sentimiento de rechazo, es decir, la media de los individuos deplorará el contenido de las palabras incluso en los casos que no resulten ofensivas, siempre verán en ellas una afrenta colectiva. Si hay un niño presente en medio de los comentarios, las condiciones que rodean y recubren el caso no serán analizadas de la misma forma que a una persona adulta, tampoco a profundidad ni en todas sus dimensiones; el discurso se

10 De Verda y Beamonte, José Ramón, "Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?", *op. cit.*, pp. 407-408.

paseará en una cuestionable singularidad, en una desoladora preterición del fondo por la forma.

La segunda, habría que preguntarse: ¿constituye la palabra gay una injuria? hoy por hoy está muy de moda eso de lo políticamente correcto a los efectos de resguardar y proteger algunos derechos e integridad de ciertas minorías; no es posible llamar negro a alguien sin que de inmediato se activen organizaciones y grupos de protección. Delitos como el de homofobia se han aprobado, aunque cuestionablemente en algunas latitudes¹¹, en virtud de la presión generada por organizaciones LGTB. Pero, cómo podemos decir que en Venezuela decirle gay a alguien resulte un oprobio sin al mismo tiempo negar los considerables avances en cuanto al reconocimiento de los derechos de estas comunidades.

Es una línea muy delgada la que separa reconocer a la comunidad gay de negarla. Si decimos que llamar gay a alguien es ofensivo, al mismo tiempo diremos que ser gay es una aberración o abominación y con ello se echa por borda todas las reivindicaciones que por años se vienen luchando.

Incluso, en Venezuela la palabra gay forma parte de nuestra jerga, tan común como pana o chamo. Decirle gay a alguien no representa una ofensa, por el contrario, actualmente es proferida en *animus jocandi*. Claro, si la misma viene acompañada con epítetos descalificativos, despectivos e hirientes, y que tenga por objeto generar rechazo, violencia, paroxismo social, la situación cambia y deja de estar protegido por la libertad de expresión. Pero, como se indicó en el punto *primero*, el hecho que un niño esté en medio de la broma hace que se aflore una

11 En Brasil el Tribunal Supremo del país decidió que los actos de homofobia y transfobia serán considerados delitos y tendrán el mismo trato penal que el racismo -con penas de hasta cinco años de prisión- hasta que el Congreso legisle sobre ese asunto. Cfr. Oliveira, Joana, "El Supremo de Brasil tipifica la homofobia como delito", disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/06/14/actualidad/1560496365_764572.html, [consultado el 26 de julio de 2018].

mayor sensibilidad, en busca, claro está, de propender a su protección.

El artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, establece que:

(...*Omissis*...)

4. Se sancionará al prestador de servicios de radio, televisión, difusión por suscripción, en los casos que le sea aplicable, con multa desde el tres por ciento (3%) hasta el cuatro por ciento (4%) de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal, inmediatamente anterior a aquel en el cual se cometió la infracción, cuando:

(...*Omissis*...)

u. Difunda mensajes discriminatorios, especialmente aquellos donde los niños, niñas y adolescentes sean objeto de burla, ridículo o desprecio.

Si se leen o escuchan con detenimiento los comentarios realizados por la presentadora advertiremos que los mismos no tienen por objeto discriminar a nadie, fue una broma mal dirigida, o dirigida a la persona incorrecta. La otra pregunta que debemos formularnos es: ¿era justa la medida de cierre del programa radial por un comentario de ese tipo? La respuesta es no. Lo que priva en este caso es una censura interpuesta, es decir, CONATEL justificó el cierre del programa por un hecho, cuestionable desde el plano moral, pero que en realidad iba dirigido a censurar sus siempre vitriólicos comentarios en contra de las políticas del gobierno, quedando en evidencia el vicio de desviación de poder.

Ahora bien, tampoco era legal el cierre. Si apreciamos la norma, de demostrarse que efectivamente se quebrantó la Ley, la sanción ha debido ser pecuniaria, con multa desde el tres

por ciento (3%) hasta el cuatro por ciento (4%) de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal. Pero, habrá quienes aún piensen que la medida está ajustada a derecho y justa. El problema, como ya se precisó, es la inoculación del gen chavista que logró borrar o desdibujar al menos las líneas de las libertades y de los derechos fundamentales¹².

El derecho que evidentemente resultó lesionado es la libertad de expresión, porque pese a que el comentario pudo haber resultado hiriente para el niño y los familiares, que no lo fue, no es capaz de provocar paroxismo social, arengado a la multitud a odiar a la comunidad LGTB. Por el contrario, la medida sacó del aire un programa que le era contrario al Gobierno y, al igual que otros muchos medios, programas y canales resultó completamente censurado.

La censura contra el programa radial no devino en razón del comentario de Verónica Gómez contra el niño, éste fue el hecho empleado solapadamente para colocarlos en el patíbulo de la ignorancia y que, sin saberlo, estaban emitiendo sus últimos estertores. Los Derechos fundamentales como la libertad de expresión y el debido proceso fueron evidentemente lesionados. Entender qué es la libertad de expresión, así como los mecanismos que emplea el Estado para censurarla es imprescindible a los fines de apreciar la magnitud del problema, para ello, explicaremos tales nociones, así como el concepto de servicio público y la evidente vía de hecho producida en desmedro de aquélla.

12 La neolengua y la propaganda chavista han impregnado todo el sistema social, educativo y económico a través de un impresionante aparato propagandista del gobierno. Un importante estudio sobre dicha problemática puede leerse en: Canova G., Antonio, Leañez A., et. al., *La Neolengua del Poder en Venezuela*, Editorial Galipán, Caracas, 2015.

III. DEL DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Concepto y formulación constitucional

La libertad de expresión es uno de los principales derechos civiles de la ciudadanía, que consagrado en el artículo 57 de la Constitución, reza lo siguiente:

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.

Este derecho es ante todo una libertad que, conforme al concepto general, en especial, la negativa, constituye un límite frente al poder de quienes lo ejercen legítimamente. Bajo ese prisma, se suma el derecho a la libertad de expresión. Indica Díez-Picazo que suele señalarse, citando los criterios establecidos en la STC 6/1981, 20/1990, 85/1992, que el valor protegido por la libertad de expresión e información es la existencia de una opinión pública, la cual es, a su vez, una condición necesaria para el correcto funcionamiento de la democracia, excediendo por ello, del ámbito político¹³.

Así, la libertad de expresión está al servicio de la sociedad la cual no puede ser condicionada por los gobernantes y,

13 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Segunda Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 320.

por ello, opera primariamente frente a los poderes públicos, no existiendo un obstáculo oponible entre los propios particulares, especialmente cuando coliden con otros derechos fundamentales, (honor, intimidad y libertad de empresa)¹⁴.

- 14 A tenor del desarrollo producido de la libertad de expresión, Santiago Sánchez realiza un exhaustivo estudio que valdría la pena reseñar. En primer lugar, se refirió a la obra *Aeropagítica. Un discurso del señor Milton a favor de la libertad de imprenta* dirigido al Parlamento de Inglaterra, y escrito por John Milton en 1644. Este es el primer alegato moderno a favor de la libertad de expresión y en contra del absolutismo, que imponía fuertes controles para la prensa, incluso, exigía un permiso oportuno para publicar un libro, siendo considerado como un apologeta de la libertad de expresión y, básicamente, contra la censura previa y otras limitaciones administrativas. En segundo lugar, otra obra de gran significación teórica es la de John Stuart Mill (1859) "Sobre la Libertad" que, en atención a dicho tópico, manifestó lo siguiente: "[h]emos reconocido la necesidad de la libertad de opinión y de la libertad [con] base a cuatro fundamentos que pasamos a resumir, Primero, una opinión reducida al silencio puede ser verdad. Negarlo es asumir nuestra infalibilidad. En segundo lugar, aunque la opinión censurada sea un error, puede contener algo de cierto. Tercero, aun en el caso de que la opinión general sea no sólo verdadera, sino toda la verdad, se tendrá como una suerte de prejuicios con escasa comprensión de sus fundamentos racionales a menos que sea constatada de manera seria y enérgica. Y cuarto, de convertirse en un dogma, se traduciría en un obstáculo e impediría el desenvolvimiento de otras convicciones". (Interpolados nuestros). En tercer lugar, la noción de libre mercado de ideas o en su voz inglesa "*marketplace of ideas*" también contribuyó al fortalecimiento de la libertad de expresión, hecha pública por uno de los grandes miembros del Tribunal Supremo norteamericano, el Juez Oliver Wendell Holmes cuyas ideas derivan directamente de Mill. En cuarto lugar, otra tesis interesante es la expuesta por el Juez Brandeis en la sentencia *Whitney v. California* en 1927, que con brillantez expuso varias razones en apoyo de la práctica de la libertad de expresión, cuya idea central se basa en que aquélla facilita: "el desarrollo y la felicidad del individuo, el hecho de constituir un medio para descubrir la verdad política, su naturaleza de instrumento de la democracia y su condición de factor de estabilidad político-social". En quinto lugar, Alexander Meiklejohn en su obra *The First Amendment Is an Absolute, The Supreme Court Review* propuso una tesis prácticamente aplicable sólo a la Constitución Norteamericana, indicando entre otras cosas, que la primera enmienda no protege la libertad de expresión, ampara aquellas actividades del pensamiento y de la comunicación mediante los cuales nos gobernamos. En sexto lugar, Robert Bork en su obra *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, acogiendo parte de la tesis propuesta por Meiklejohn, indicó que la expresión protegida es la referida al comportamiento gubernamental, la política, referida a como somos gobernados y no cubre, por tanto, el discurso científico, educacional, comercial o literario. En sép-

Stuart Mill realizó un conjunto de observaciones relativas a las limitaciones del poder del gobernante y, especialmente, contra la mayoría representada por el pueblo o la mayoría de éste, a quien veía con cierto celo pudiendo constituir una tiranía de la mayoría¹⁵. En ese sentido, indicó que no bastan sólo límites contra la tiranía de los magistrados, sino se necesitan límites contra la tiranía de la opinión prevaleciente; por ende, concluyó que algunas reglas de conducta deben, pues “*imponer en primer lugar, la Ley y después, la opinión, para muchas cosas a las cuales no puede alcanzar la acción de la Ley*”.

En ese sentido, el desarrollo de la libertad de expresión como derivación de la voz libertad, en general, se perfiló, igualmente, como una forma de limitar el poder, y lo que en principio habría supuesto una emanación *ius natural* del pueblo se tradujo en el poder de emitir sus opiniones sin obstáculos e interferencias en todo su recorrido. La exigencia de libertad de expresión derivó, posteriormente, en ciertas aristas fundamentales que no protegían cualquier tipo de opiniones, sino aquellas que implicaran situaciones políticas o públicas, ello supuso que las demás opiniones no sólo no quedarán garan-

timo lugar, en las sentencias del Tribunal Supremo Norteamericano tales como *Pickering V. Board of Education*, se estableció que el valor nuclear de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda es: “*el interés público en tener un debate libre y sin trabas sobre materias de importancia pública*”; o en el caso *New York Times v. Sullivan*: “*la libertad de debatir sobre asuntos públicos y cargos públicos es incuestionablemente, tal y como el Tribunal lo dispone hoy, el tipo de expresión que debe mantenerse en el área de la libre discusión a tenor con el diseño originario de la Primera Enmienda*”. Y por último, vale la pena indicar lo que Thomas I. Emerson, en su obra *The System of Freedom of Expression*, señala al respecto, para quien la libertad de expresión está integrada por un conjunto de derechos que van desde el derecho a formarse y poseer sus propias creencias y comunicarlas hasta los derechos de reunión y asociación. En ese sentido, la libertad de expresión representa un medio para la realización personal; sirve para incrementar el conocimiento y descubrir la verdad a través de la exposición y discusión de las ideas; es un requisito esencial para el normal desenvolvimiento del proceso democrático. Sánchez González, Santiago, *La Libertad de Expresión*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992.

15 Mill, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2011, p. 62.

tizadas por el manto de la libertad de expresión, sino que, al mismo tiempo, podrían ser castigadas en la medida que contuvieran aspectos difamatorios o atentatorios contra la moral o dignidad de la persona.

2. La libertad de expresión. Un derecho fundamental

Lo teoría de los derechos fundamentales, como sistema que interconecta ciertos elementos para proteger y garantizar los derechos de libertad frente a posibles no sólo arbitrariedades sino intromisiones e interferencias del Estado, es de raigambre liberal, comporta ello que una vez alterado los patrones o estructuras imperantes en el absolutismo, poder concentrado en una persona, el rey, sería la Constitución y especialmente la Ley, la que establecía la composición social, la estructura orgánica del Estado, definiendo las atribuciones y competencias de éste.

Los derechos fundamentales (*grundrechte*), tal y como señala Carlos Bernal Pulido al prologar la obra de Robert Alexy, representan los derechos más importantes del individuo, protegidos por la Constitución y oponibles frente al Estado¹⁶. Por lo pronto, en un Estado constitucional democrático, se reconocen ciertos elementos: *i*) dignidad humana; *ii*) supremacía constitucional; *iii*) principio de Estado de derecho, social y democrático; y *iv*) jurisdicción constitucional, situándose los derechos fundamentales en el centro de este sistema integrado.

Estos derechos se caracterizan por un núcleo de certeza o un halo de incertidumbre, y la concepción predominante del contenido de los mismos no traza una neta distinción entre lo incluido y lo excluido, sino que tiende a verlos bajo la ambigüedad prevista entre el núcleo de certeza y halo de incer-

16 Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Prólogo: Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 20.

tidumbre, lo cual tiene contornos difusos y abarca todas las situaciones potencialmente cubiertas por el valor o bien jurídico proclamado.

Para Prieto Sanchís, los derechos operan como principios, vale decir, como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas o epistemológicas existentes, tal y como sugiere Alexy, lo cual implica que no pueden ser delimitados al modo de reglas, esto es, según criterios de jerarquías o especialidad y, si ello es así, resultaría un equívoco, por ende, completamente ilusorio pensar que a partir de la delimitación de los derechos fundamentales, plena o parcialmente, que pueda realizar la Constitución las intervenciones tendrían que ser menos vigorosas. Pero en todo caso, para Sanchís:

(...) se trata de limitaciones concebidas al modo de los principios: orden público y libertad religiosa, honor y libertad de expresión, son binomios que encierran una colisión a resolver con las herramientas de la ponderación; el derecho y su límite constitucional son principios «abiertos» que comparten sus condiciones de aplicación y que, por tanto, concurren de modo simultáneo: decidir que una determinada conducta forma parte del contenido del derecho o se incluye en la esfera de su límite requiere reformular aquellas condiciones, «cerrando» lo que en el plano de los enunciados constitucionales permanece abierto.

Ante la indeterminación de los enunciados debe tomarse en cuenta que existe un núcleo que lo reviste de contenido esencial, que muy a pesar de ese halo de incertidumbre que caracterizan los derechos fundamentales no puede ser interferido por el legislador, precisamente, porque al hacerlo, lo estarían vaciando de contenido. Así, por ejemplo, Díez-Picazo, manifiesta que si se sostiene que la libertad de expresión cubre sólo las opiniones de naturaleza política, resulta fácil sostener que las restricciones legislativas sólo son constitucionalmente

admisibles en casos extremos, vale decir, si hay riesgo claro de un inminente desorden público, “ya que la mayoría de los supuestos problemáticos (publicidad comercial, pornografía) han quedado de antemano excluidos del contenido del derecho”¹⁷.

A. Limitación de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales están dispuestos para proteger y garantizar ciertos derechos asociados a la libertad y a los derechos políticos. Constituyen una barrera frente aquellas personas que detentan legítimamente cargos políticos, lo que supone que en principio la única limitación admisible a los derechos fundamentales es frente a las actuaciones de aquellos.

En similares términos, y sólo en cuanto a la ilimitación de los derechos fundamentales, se pronunció el Tribunal Constitucional Español, en sentencia N° STC 2/1982, al indicar que “no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución (...)”.

La limitación de los derechos fundamentales, en los supuestos que determinada actividad afecte el orden público, con amplios grados de generalidad, justificarían el establecimiento de un régimen jurídico especial, pero siempre atendiendo al principio de reserva legal, lo cual posibilitaría, marginalmente y con una importante conciencia liberal y democrática, la imposición de condiciones o restricciones al ejercicio de las mismas por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras razones de interés social¹⁸.

17 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 107.

18 En similares términos véase: Sala Constitucional, sentencia N° 1092 de fecha 13 de julio de 2011, caso: *Corporación Industrial Class Light C.A. y otro*.

En efecto, el Tribunal de Luxemburgo en sentencia N° STJCE del 14 de mayo de 1974, señaló que los derechos fundamentales reconocidos no son de carácter absoluto, sino que deben ser valorados en relación a la función social; en consecuencia, pueden imponerse restricciones a su ejercicio, pues son derechos que lejos de parecer prerrogativas absolutas, deben considerarse a la vista de la función social y de los bienes y actividades protegidas.

La libertad de expresión no es absoluta, como es lógico pensar, y podrá limitarse sólo en tres (3) situaciones básicamente: *i)* necesidad social; *ii)* interés social imperativo; y *iii)* orden público. Sin embargo, las limitaciones a cada derecho responderán a la categoría en la que estos se encuentren, a su composición normativa o estructura jerárquica, a su radio de acción o lo que pretende proteger, para de ese modo poder establecer el rango, dimensión o la intensidad con la cual puede ser limitado un derecho fundamental.

*B. La protección de la libertad de expresión
frente a comentarios hirientes*

En sentencia N° 1942, de fecha 15 de julio de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expresa que la severidad de la crítica periodística ha sido admitida en el sentido que:

Las expresiones y mensajes que buscan que las personas públicas, señaladas en ambas normas, cumplan con sus deberes legales no pueden ser consideradas ni ofensivas ni irrespetuosas, así el lenguaje utilizado sea duro; pero el ataque personal denigrante dirigido contra las personas que la norma señala, y que por sus cargos conforman la cúpula del Estado, que atropella la dignidad de esos sujetos (determinada conforme a máximas de experiencia comunes), y que presenta públicamente a los dignatarios del Estado -en lo personal- como seres indignos, tiende a

debilitar las funciones que ejercen, al menos ante la opinión pública, pudiendo crear estados de preanarquía.

(...*Omissis*...)

El denigrar públicamente a las instituciones (vilipendio) puede perseguir su debilitamiento con fines de desprestigio, para así lograr un desacato colectivo a lo que ellas -conforme a la ley- deban obrar o cumplir.

El vilipendio, como parte de un plan o de un movimiento tendente a la desobediencia pública, al caos, a quebrar el orden o la moral pública, no puede ser tolerado por el Estado, ya que, con tal tolerancia, podría estar jugándose su subsistencia.

Una cosa es la crítica fundada en hechos que se exponen, lo cual es aceptable en una sociedad democrática, y que permite a la institución, según sus estrategias, callar o defenderse ante ellas, y otra es el vilipendio como arma para destruir las instituciones del Estado. Éste no puede estar inerte ante esos ataques y, desde ese ángulo de visión del problema, el vilipendio subversivo puede ser penalizado para que el artículo 2 constitucional se cumpla¹⁹.

Las ideas iniciales de la sentencia *supra* transcrita relativas a las expresiones y mensajes que procuran que las personas públicas, cumplan con sus deberes legales no pueden ser consideradas ni ofensivas ni irrespetuosas, así el lenguaje utilizado sea duro, ha sido producto de la tradición jurisprudencial norteamericana, que para dar solución a posibles

19 Sobre las repercusiones que ha tenido ese fallo sobre la libertad de expresión, véase: Chavero Gazdik, Rafael J., "Intolerancia suprema. La sentencia 1942 y sus implicaciones en el derecho a la libertad de expresión", *Sentencia 1,942 vs. libertad de expresión: comentarios a la decisión de la Sala Constitucional referida a las leyes de desacato*, Aequitas, Comisión Andina de Juristas, Caracas, 2003.

colisiones entre los derechos a la libertad de expresión e información con otros derechos constitucionales relevantes, se ha resuelto dando una posición “*preferente*” a los primeros. Ello explica por qué la libertad de expresión alcanza su grado más alto en los temas relacionados con la organización y funcionamiento de los poderes públicos. (STC 171/1990, 154/1999, 110/2000)²⁰.

En tal sentido, y en función de lo anterior, STDH como las de *Handyside c. Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976 y *Oztürk c. Turquía* de 28 de septiembre de 1999, *Jerusalén c. Austria* de 27 de febrero de 2001 y *Colombani c. Francia* de 25 de junio de 2002 y STC 192/1999, se estableció que la libertad de expresión e información en materia política prácticamente no conoce límites, “*aun si se defienden posiciones inquietantes o usan términos duros o, incluso, si puede afectar a las relaciones exteriores del Estado*”²¹.

Ello implica que, en los supuestos que las opiniones versen sobre materias públicas o políticas o que refieran personas con cierta investidura pública, las opiniones que emitan contra estos estarían amparadas con un grado superior de intensidad por el principio de libertad de expresión, y en los supuestos que medie algún tipo de colisión de éste con otro derecho con igual peso en abstracto, en principio, el primero se le dará mayor relevancia. La razón por la cual la comunidad u opinión pública condiciona a la libertad de expresión y que de algún modo la dosifica, viene dado por la exposición a los que están sometidos los actos con relevancia pública y los realizados por las personas que ocupan cargos políticos, al hallarse esencialmente en un constante escrutinio público-social.

Imponer interferencias en los tiempos de las expresiones u opiniones que se realicen en contra o favor de esos actos y personas con relevancia pública, terminarían por negar o

20 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 330.

21 *Ibidem*, p. 331.

enerva la libertad de expresión. Ello en virtud que, todo acto que realice una persona pública, no pudiéndose expresar ni cualitativa ni cuantitativamente, genera necesariamente una opinión en la comunidad, quedando para el público reservada la opción de expresarla o no, y en el supuesto que lo haga, no podrán establecerse limitaciones previas que impliquen reservas injustificadas.

Una decisión verdaderamente cuestionable de cara a los postulados de la libertad de expresión, fue dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en sentencia N° 2007-1962 de fecha 7 de noviembre de 2007, caso: *Hilario Padrino contra la Fundación Instituto Carabobeño para la Salud (INSALUD)*, en la cual se estableció que la misma no ampara la emisión de conceptos ofensivos o que atenten o vayan en detrimento de las personas o las instituciones, lo cual pueda causarles daños en su imagen o reputación. En efecto, puntualizó la referida sentencia que los actos lesivos al buen nombre de la Administración Pública, constituye una causal de destitución consagrada en la Ley del Estatuto de la Función Pública y se manifiesta en aquellas actuaciones perniciosas que vayan en detrimento o atenten contra la reputación o integridad del organismo.

En el presente caso, el derecho que resultó evidentemente vulnerado fue la libertad de expresión. Quienes de alguna manera escuchamos el programa Calma Pueblo sabemos que sus dardos no iban dirigidos en contra de niños o sus inclinaciones sexuales, sino en contra del Gobierno. Pero, naturalmente, estos comentarios al estar protegidos por la libertad de expresión difícilmente podían ser censurados sin advertir su talante o catadura dictatorial, por lo que se simplificó el asunto colocando a un niño como chivo expiatorio.

3. Derecho a la libertad de expresión, de información y los servicios públicos

El artículo 58 Constitucional, dispone lo siguiente:

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.

El derecho a la información brinda la otra cara de la moneda, un binomio que expresa una relación de dar y recibir indisoluble, con ciertos matices que los hace diferenciables, pero que en definitiva conducen a la protección de la expresión, tanto la dada como la recibida. Ahora bien, la libertad de expresión como el derecho a la información, son derechos subjetivos cuyas limitaciones pasan por no desconocer la relevancia de la veracidad de lo que se expresa o comunica y de no afectar derechos de otra entidad, como lo puede ser el honor y la reputación, ya explicados *ut supra*.

Así las cosas, la libertad de expresión como el derecho a la información, si bien se reconocen a todos los ciudadanos por igual, quienes están más en contacto con los mismos son los medios de comunicación social²². El contenido de los artículos 57 y 58 de la Constitución, conserva una redacción muy similar a la establecida en el artículo 20 de la Constitución española, que reza: “*se reconocen y protegen los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y a comu-*

22 El oligopolio que tenían la radio y la televisión ha llegado a su fin con la aparición de las redes sociales. Las personas cuentan con un espectro más dilatado para comunicarse y comunicar información.

nicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión". En España, dicho artículo sirvió de fundamento para el Estatuto de la Radio y la Televisión que en su artículo 1.2 declaró categóricamente que la televisión es un servicio público esencial²³.

A. *La actividad de los medios de comunicación como de servicio público*

La definición de una actividad como servicio público²⁴ es realmente compleja o difícil de acometer²⁵, pero, de ordinario, implica una sujeción especial a las reglas de derecho público. El Estado ejerce sobre éstas un control permanente en virtud de los desequilibrios que pueden generar en la colectividad si su prestación no es realizada, o de serlo se ejecute deficiariamente. La categorización de una actividad como servicio público supone en principio que dicha actividad deba ser prestada o realizada por el Estado, en virtud de sus implicaciones en la generalidad, por ende se le es reservada, y en los supuestos que se permita su prestación a los particulares, debe ser

23 Una explicación sobre el proceso que sufrió España sobre la categorización de la televisión como servicio público, especialmente en las comunidades autónomas, puede leerse en: Esteve P., José, "Servicio público de televisión y garantía de la institución de la opinión pública", *Revista de Administración Pública* N° 123, Civitas, Madrid, 1990.

24 Sobre el origen y concepto de servicio público véase: Aponte A., Jonás E., "La suspensión del servicio público eléctrico", *Revista electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (REDAV) N° 9, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2016.

25 Reverón, no obstante, advertir las complicaciones de conceptualizar los servicios públicos, propone una definición que englobe todas sus aristas, indicando a tal respecto que: "se trata de una actividad previamente calificada como servicio público, en la que la que se llevan a cabo determinadas actuaciones materiales con el objeto de satisfacer las diversas necesidades esenciales de los ciudadanos". Reverón B., Carlos, "La inconstitucionalidad intervención de los consejos comunales en el contencioso de los servicios públicos", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (REDAV) N° 13, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2016, p. 140.

por medio de un instrumento que lo habilite, por lo general concesional²⁶.

Los medios de comunicación en Venezuela tal y como dispone la Constitución en su artículo 108, sean de carácter social, públicos o privados debe contribuir con la formación ciudadana. Y “[el] Estado garantizará **servicios públicos** de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley”.

El enunciado normativo de la constitución cataloga a la actividad prestada por los medios de comunicación como de servicio público, lo que implica una sujeción a un régimen de derecho público, que promedie su gestión, en función de los fines propuestos.

En tal sentido, se han configurado ciertos fines de los medios de comunicación en una sociedad democrática, los cuales son: *i)* supervisan, vigila o inspeccionan el entorno; *ii)* establecen relaciones entre las noticias, subrayando la dependencia

26 A propósito de los elementos que se le han atribuido al servicio público, véase: Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 4933, de fecha 15 de diciembre de 2005, caso: *CADAFE*, estableció los elementos que debe tener todo servicio público, que son como sigue: En tal sentido, se observa que en tales actividades de interés general se advierte una ausencia de una declaración formal de servicio público; pero a pesar de ello, en virtud de que encierran un especial interés público, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial, con lo cual, puede señalarse que: (i) son actividades que no se encuentran ni atribuidas, ni asumidas por el Estado, por lo que se trata de actividades fundamentalmente privadas; (ii) constituyen actividades dirigidas al público, es decir, a la masa indeterminada de ciudadanos que se encuentran en la necesidad y en condiciones de reclamarlos; (iii) tales actividades se desarrollan en régimen de autorización y no de concesión, pero sometidas, a todo evento, a un régimen reglamentario muy especial y controlador, propio de un régimen de policía administrativa y; (iv) revisten, no obstante, un interés general muy caracterizado por la colectividad.

existente entre los acontecimientos, los grupos sociales y los diferentes elementos que componen su estructura social; *iii*) son transmisores generacionales de la herencia cultural de la sociedad²⁷.

Dichos elementos permitirán una real fundación de la democracia al enriquecer la discusión, pero ello no se logrará en la medida que la ciudadanía no esté bien informada para promover su interés en los asuntos públicos.

Ello así, el hecho que los medios de comunicación y, en especial, la televisión y la radio se hallen sometidos a las reglas de los servicios públicos, supone, necesariamente, que deben ajustar su actividad a los mandamientos que ordene la Ley -como pueden serlo- los principios que informa el artículo 2 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, lo cuales son: libre expresión de ideas, opiniones y pensamientos; comunicación libre y plural; prohibición de censura previa; responsabilidad ulterior; democratización; participación; solidaridad y responsabilidad social; soberanía; seguridad de la Nación y libre competencia.

En palabras de Derieux, citado por Esteve, la referencia al servicio público justifica la existencia de una serie de prescripciones orientadas a respetar la expresión pluralistas de corrientes de pensamiento y opinión; a velar por la protección de la infancia y adolescencia; a verificar los contenidos de los mensajes publicitarios; a garantizar, en atención a los usuarios, la objetividad de la información²⁸. Sin embargo, habría que guardar cierto celo a dicha formulación, precisamente porque mal entendida o inclinada exclusivamente a su connotación

27 Rodríguez Lozano, Luis, *Democracia, Servicio Público y Medios de Comunicación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., p. 625.

28 Esteve P., José, "Servicio Público de Televisión y Garantía de la Institución de la Opinión Pública Libre", *Revista de Administración Pública* N° 123, Civitas, Madrid, 1990, p. 188.

restrictiva antes que fomentar la libertad de expresión puede negarla.

Rodríguez Lozano señala que la función social que le corresponde a los medios de comunicación, en específico la radiotelevisión, está orientada hacia el servicio público, y en la medida que el emisor respete la veracidad, que los programas y transmisiones tengan fines educativos, la pluralidad informativa, y que contribuya a fortalecer la democracia «*se afirma la función informativa, formativa y de entretenimiento, (...) se fortalece la postura de servicio público*»²⁹.

El principal escollo de entender que los medios de comunicación están sometidos a las reglas del servicio público, sin sólidos pilares democráticos, es que los interlocutores de la Administración, amparados en incorrectas políticas de gobierno, censuran a medios de comunicación siempre que entiendan que no se proteja a la infancia y adolescencia, que no se garantiza el acceso de los ciudadanos a la comunicación y que no exista una información pluralista. Pero, tal concepción es atribulada, especialmente, porque solapadamente se han censurado medios de comunicación por estar en las antípodas ideológicas del gobierno de turno. Un caso típico es el aquí planteado, en el que se censura un programa de radio abiertamente contrario al Gobierno.

Es importante destacar que, cuando la prestación del servicio se realiza por un particular y no por el Estado, precisa de una gestión indirecta, en la cual se debe autorizar o facultar mediante algún tipo de título habilitario, vale decir, concesiones³⁰, autorizaciones o permisos en la medida que reúna cier-

29 Rodríguez Lozano, Luis, *Democracia, Servicio Público y Medios de Comunicación*, ob. cit. p. 625-627.

30 Habría que señalar que la concesión de un servicio público, se materializa en un contrato administrativo donde se regulan un conjunto de derechos y obligaciones que le atribuye a la Administración, ciertos poderes -en ocasiones- exorbitantes -dentro de las cuales se encuentra la rescisión unilateral del contrato en casos de incumplimientos comprobados- con

tos requisitos técnicos, legales, económicos, tecnológicos. Estas técnicas son la principal fuente de control sobre los medios de comunicación³¹. El gobierno se ampara en ellas para exigir a los medios de comunicación que sigan una sola línea editorial: una que no contravenga las políticas del régimen.

Los estándares internacionales aplicables para que pueda entenderse legítima la restricción al ejercicio de los derechos humanos y, principalmente, al derecho a la libertad de expresión como un derecho fundamental, son: *i)* el orden público; y *ii)* la necesidad de un interés social imperativo³². En el caso de Calma Pueblo no hubo normas de orden público que resultaron quebrantadas y el interés social que se pretende resguardar no se logra censurando absolutamente el programa radial, a lo sumo un llamado de atención o advertencia.

Señala Pietro Sanchís, que en la Constitución española es muy común que los derechos figuren limitados por el “orden público protegido por la ley”, libertad ideológica y religiosa, artículo 16.1, “*que la alteración del orden público sea una causa para prohibir el ejercicio de un derecho*”, de manifestación artículo 21.2, ello dispone un conjunto de autorizaciones dirigidas al legislador a fin de que sea éste quien decida la forma como se deberá limitar la libertad personal, así como el orden público como límite de manifestación pública.

el objeto de asegurar la continuidad en la prestación del servicio *Cfr.* Sala Constitucional, sentencia N° 568 de fecha 20 de junio de 2000.

- 31 El Estado venezolano suele otorgar concesiones por un máximo de cinco (5) años, ello con el propósito de garantiza que los medios de comunicación tributarán noticias favorables al gobierno o, en el peor de los casos, no emitirá información que le sea contraria.
- 32 La Corte Interamericana de Derechos Humanos exige, para poder limitarse el derecho a la libertad de expresión, lo siguiente: *i)* la limitación debe estar definida en una Ley formal y material; *ii)* debe estar dirigida a lograr objetivos imperiosos autorizados por la Convención; y *iii)* debe ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional a la finalidad perseguida.

En un interesante artículo de Amos Shapira este se pregunta si los discursos violentos deben ser protegidos, y responde a su interrogante en un modelo basado en la consecuencia, en el entendido que las restricciones nunca deben tomarse ligeramente y debe sobre todas las cosas demostrarse que el discurso, las expresiones, no sólo son feas e hirientes, sino que sean las responsables de generar violencia³³.

La libertad de expresión, como uno de los principales derechos de libertad, supone, necesariamente, una categoría oponible frente al Estado; es un derecho fundamental, lo cual no implica que sea absoluto, deberá no afectar el orden público y el interés social; su consagración constitucional consiste necesariamente en la emisión libre de pensamientos, ideas y opiniones sin que pueda establecerse censura y, esencialmente, que se haya categorizado como un servicio público, para efectos prácticos, comporta un ajuste de los medios de comunicación de su conducta a ciertas reglas, orientadas por el interés general, y por fines de pluralismo, ética de responsabilidad, veracidad y fiabilidad en emisión de información, objetividad, educación, entre otras.

B. La información plural

La información debe ser lo más plural posible, en términos cualitativos; su labor como un medio de comunicación que presta un servicio público supone que su finalidad es garantizar no sólo que se transmita la información, sino que la misma no sea direccionada y sesgada. Bajo una perspectiva democrática, los medios de comunicación deben suministrar una información veraz, plural y que atienda a un interés público

33 Shapira, Amos, "Should violent and hate speech be protected? Some reflexions on freedom of expression and its limits", *Derechos fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Coordinador: Miguel Carbonell, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Colegio de México, México D.F., 2002, p. 678 y ss.

actual. Ello así, en palabras de Rodríguez Lozano “*una vez que los medios de comunicación tomen conciencia de su vocación democrática asegurando los derechos informativos del público, aquéllos se dedicarán a informar con visión incluyente respetando los derechos del receptor de la información*”³⁴.

El pluralismo no es más que uno de los elementos cardinales de la democracia y supone la expresión de una sociedad abierta en la cual se manifiesta un profundo respeto y garantía en la realización de actos con contenido político. En tal sentido, el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce y propugna al pluralismo político, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Ahora bien, existen dos (2) tipos o dimensiones de cómo se manifiesta el pluralismo: *el primero*, el externo. Supone la multiplicidad de operadores, de manera que no se produzca un monopolio e incluso oligopolio que incidan posteriormente en el contenido de la información y en la cual se garantice unos óptimos niveles de transparencia; *el segundo*, el interno. Implica una diversidad, no en cuanto a los medios u operadores, sino, social, vale decir, en cuanto a opiniones, intereses e ideas.

Para Díaz Arias la sociedad y los destinatarios son diversos pero esa pluralidad queda constreñida por el número de emisores y el grado de diversidad de los mensajes³⁵. Indica el autor que el pluralismo interno tiene tres (3) subtipos, a saber: *i*) el pluralismo interno profesional, que un trabajador, dependiente, sea independiente y que su libertad de expresión e información no quede cercenada cuando se incorpore a su tarea informativa; *ii*) el pluralismo interno social, que supone el derecho de acceso, circunscrito a que ciertos grupos sociales y políticos representativos tengan acceso en el ámbito de los medios de comunicación; y *iii*) el pluralismo interno de los

34 Rodríguez Lozano, Luis, *Democracia, Servicio Público y Medios de Comunicación*, ob. cit. p. 615.

35 Díaz A., Rafael, *El Pluralismo Interno, Clave del Servicio Público de RTVE*, Teledetodos, Madrid, 2011, p. 1-15.

mensajes, que implica que los mismos, sean en la medida de lo posible los más diversos, y por ello, la información periodística y los medios en general “no son un reflejo fiel de la realidad, no son un espejo nítido, sino un espejo deformante, pero se trata de que esa deformación sea la menor posible”³⁶.

En materia de pluralismo pueden darse dos (2) fenómenos de gran relevancia, explicitados felizmente por Giovanni Santori, citado por Rodríguez Lozano, y que dibujan el escenario que vive la Venezuela con el socialismo del siglo XXI; *el primero*, reducir el escenario de deliberación y debate político a unos medios de comunicación ha llevado consigo que cada día informen menos y desinformen y subinformen más, por una parte tenemos “(...) una información totalmente insuficiente que empobrece demasiado la noticia que da, o bien el hecho de no informar, la pura y simple eliminación de nueve de cada diez noticias existentes. Por tanto, subinformación significa reducir en exceso. En cambio por desinformación, (...) dar noticias falseadas que inducen a engaño al que las escucha”³⁷.

La pluralidad en la comunicación en Venezuela está de capa caída. Cada vez más medio de comunicación son cerrados o censurados y, la misión principal del Estado que es fomentar la comunicación plural resulta con el pasar de los días más monopólica. Existe una sola verdad en Venezuela y es la que

36 Ídem.

37 Indicaría Santorí que la subinformación y la desinformación no escapan de ningún medio de comunicación, sin embargo, dicho problema se acentúa con la televisión, por cuanto a su criterio, al darle mayor importancia al aspecto visual, la labor informativa se pierde. Asimismo, añade que, “(...) en aras de la claridad, y previa consideración del panorama que nos ofrece la televisión, parece que el comportamiento de este medio tiene una clara orientación hacia la subinformación, entendiéndolo por esto a toda la información que resulta insuficiente, o la omite cuando así conviene a los intereses comerciales, y, por ende, se está en busca únicamente de mayores índice de audiencia. Aquí lo que interesa son los programas de tipo comercial, o, dicho de otra forma, la telebasura. El verdadero periodismo informativo se vuelve cuestión secundaria”. Cfr. Rodríguez Lozano, Luis, *Democracia, Servicio Público y Medios de Comunicación*, ob. cit. p. 621.

ofrece el régimen, la demás es tratada como falsa, vilipendiosa o sedicente, susceptible de ser castigada, incluso, en un techo abovedado. En Venezuela no existe una comunicación plural. Los temas más importantes que interesan a los venezolanos están fuera del debate político. Los medios de comunicación entrampados en la red del servicio público se hayan sometidos a una autocensura y cuando el programa resulta odioso se buscan excusas, como la del niño, para enviarlos al paredón.

IV. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

CONATEL eludió una obligación fundamental: dar apertura a un procedimiento previo, por el contrario, impuso directamente la medida de cierre sin justificarla teleológicamente; sin advertir las consecuencias que estos comentarios tendrán en la colectividad; sin señalar en qué medida afectó el honor del niño y; sin precisar cómo funcionó la ponderación en este caso.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 49, consagra al debido proceso como un derecho fundamental, tendente a resguardar todas las garantías indispensables que deben existir en todo proceso para lograr una tutela judicial efectiva.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con relación al debido proceso y al derecho a la defensa, estableció en decisión de fecha 20 de noviembre de 2001 (Caso: *José Gregorio Rosendo Martí vs. Ministro de la Defensa*) que el debido proceso es un derecho complejo que comprende un cúmulo de garantías que se convierten en una multiplicidad de derechos para el procesado, entre los que destacan, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho a la articulación de un proceso debido, derecho de acceso a los recursos legalmente instituidos, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a obtener una reso-

lución de fondo fundada en derecho, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la ejecución de las sentencias, entre otros, que la jurisprudencia ha venido estableciendo.

En este caso medió una vía de hecho, no se realizó un procedimiento previo que permitieran a las partes involucradas exponer sus argumentos, promover y evacuar pruebas y, por último, obtener una decisión motivada. Debe precisarse que aun cuando se hubiera realizado un procedimiento administrativo, bajo ningún supuesto la medida que ha debido adoptarse era el cierre del programa.

CONATEL ha debido iniciar el procedimiento sancionatorio y permitir que el programa siguiera su transmisión durante la sustanciación del mismo, pero, no convenía a sus intereses, es más fácil censurar.

RECAPITULACIÓN

El programa radial Calma Pueblo fue censurado porque una de sus presentadoras le dijo gay a un niño de siete (7) años.

CONATEL decidió sacar del aire al programa Calma Pueblo, de forma inmediata, sin esperar la resolución del procedimiento administrativo, la razón: haber presuntamente conculcado el derecho de honor del niño.

Calma Pueblo no fue censurado por el comentario hacia el niño, sino por su palpable animadversión contra el Gobierno de turno. El acto de cierre, además de la evidente violación a los derechos a la libertad de expresión y el debido proceso, está viciado de desviación de poder.

La LOPNA prohíbe la divulgación de imágenes, datos e información de niños sin el consentimiento de sus padres y exponer información que permita la identificación de niños

que estén sometidos o hayan sido sometidos a un proceso judicial. El honor es un derecho que es difícil de contornear, pero, para la doctrina tiene dos (2) áreas diáfanas, a saber: *i*) el derecho al propio decoro; y *ii*) la protección frente a intromisiones injustas.

Decirle gay a alguien, incluso a un niño, no puede constituir una ofensa sin que al mismo tiempo se sugiera que ser gay es un delito o una abominación. Por lo tanto, era imprescindible que se valorara la expresión en contexto y no ser revisada de forma aislada.

La libertad de expresión es un derecho fundamental y está al servicio de la sociedad la cual no puede ser condicionada por los gobernantes.

Los comunicadores sociales prestan un servicio público, por lo que estarán sometidos a un constante escrutinio, supervisión e inspección. Pero la censura sólo procederá si la comunicación que se emite es capaz de generar un descalabro social, es decir, que quebrante el orden público y un interés social imperativo.