

La jurisdicción constitucional venezolana como instrumento de control ilegítimo de la libertad de información: El caso ‘Globovisión’

Eduardo Meier García

*Master Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Universidad Carlos III de Madrid
Miembro de la “Asociación Iberoamericana de
Constitucionalismo y Democracia*

Resumen: *En el ‘Caso Globovisión’ la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha disfrazado nuevamente la utilización salvaje y arbitraria del poder. Lejos de declarar la manifiesta inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, incurre en claro ‘abuso in iudicando’, al decidir no sólo más de lo que se le pide, sino utilizar aquellas consideraciones que no son parte del fallo (obiter dicta), para legitimar un régimen velado de censura previa y autocensura y así echarle el cerrojo a todo medio de comunicación independiente, criminalizar las expresiones críticas o disidentes contra el gobierno nacional e impedir la denuncia frente a la inseguridad, el desempleo, la inflación, la precariedad de los servicios públicos y convertir en delito cualquier comunicado, información u opinión, como causa eficiente para luego sancionar con la suspensión o la revocatoria de la habilitación administrativa por las opiniones o informaciones vertidas por terceros. Con este fallo se vulneran normas y estándares nacionales e internacionales sobre libertades informativas y se pretende hacer trascender la responsabilidad penal individual por actos u omisiones propios de personas naturales, a las personas jurídicas titulares de la concesión de explotación audiovisual, además de evidenciarse una Sala Constitucional que responde más a premisas discontinuas e incoherentes, a valoraciones político partidistas antes que jurídicas, y a la existencia de fidelidades impropias que a procesos lógicos, estandarizados y sustentados sobre reglas o métodos jurídico-constitucionales apoyados en la fidelidad a la Constitución.*

- I. UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A LA MEDIDA DEL PODER Y DESAFIANTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
- II. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL EN VENEZUELA
- III. UN CASO SIMILAR: IVCHER RONSTEIN VS. PERU
- IV. ¿JUECES O LEGISLADORES? Y EL TRANSPERSONALISMO TOTALITARIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL
- V. EL ARTÍCULO 171.6 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y SU INTERPRETACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONTRARIAN LAS NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN
- VI. EL DESGOBIERNO DE LOS JUECES

- VII. EL ARTÍCULO 209 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONSTITUYEN UNA SANCION IMPROPIA
 - VIII. EL ARTÍCULO 209 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONSTITUYE UN REGIMEN DE CENSURA PREVIA
 - IX. A MODO DE CONCLUSIÓN: EXCEPCIONES AL DERECHO DE EMISIÓN Y ACCESO A LA INFORMACION
- I. UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A LA MEDIDA DEL PODER Y DESAFIANTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El proceso de comunicación pública es tan antiguo como la organización social, al igual que la *libertad de información* es una de las libertades más señeras de la historia del constitucionalismo contemporáneo, lo que no significa que como *derecho*, el *derecho a la información* haya sido reconocido y garantizado en todo momento y en todo lugar. Por el contrario, el poder siempre ha sido reacio a tolerar que toda la población participe del fenómeno comunicacional, desarrollándose a lo largo de la historia actitudes hostiles a la información, entre ellos, episodios traumáticos como la oprobiosa destrucción de la Biblioteca de Alejandría¹, o en la actualidad, la utilización de mecanismos más sofisticados, como la aparición de un poder judicial parcializado, de una justicia que lejos de ser independiente, autónoma e imparcial, actúa como una auténtica forma de control indirecto del ejercicio de las libertades de expresión e información.

El derecho a la información no sólo se ha convertido en un valor político en alza, sino en un derecho que pretende penetrar el poder y acabar con la opacidad, iluminando el debate público con más y mejor información para los ciudadanos, en forma de transparencia, de acceso libre, de rendición de cuentas, de eficiencia, de mejores oportunidades, en fin, de mayor participación ciudadana en el ejercicio del poder público, lo que se traduce normalmente en una vida democrática más frondosa y en una mayor legitimidad de los gobernantes.

Como lo puntualiza acertadamente la doctrina, "... 'el derecho a ser informado' cobra una especial significación, ya que si la discusión es consustancial a la democracia, al ser las decisiones democráticas el fruto del acuerdo que se obtiene tras la confrontación de las diferentes posiciones, que sobre una cuestión de 'interés público', se expresan y debaten, parece obvio que el ciudadano difícilmente podrá participar en ese 'gobierno a través de la discusión' si desconoce lo que es objeto de la misma."²

En no pocas ocasiones la última palabra sobre las cuestiones de interés público que se expresan y debaten en la sociedad la tiene la 'jurisdicción constitucional'³, por eso la 'justicia

¹ Torres DEL MORAL, Antonio y NAVAS CASTILLO, Florentina. "Encuadramiento terminológico y evolución histórica de las libertades Informativas", En: *Libertades Informativas*, Antonio Torres del Moral (Director), COLEX, Madrid, 2009, pp. 15 y ss.

² NAVAS CASTILLO, Antonia y NAVAS CASTILLO, Florentina. "El derecho de información de los ciudadanos en el ámbito parlamentario", En: *Libertades Informativas*, Antonio Torres del Moral (Director), COLEX, Madrid, 2009, p. 939.

³ La expresión *jurisdicción constitucional*, obedece a una noción orgánica que tiende a identificar a un órgano específico del Poder Judicial que tiene en forma exclusiva la potestad de anular con efectos generales (*erga omnes*) y normalmente vinculantes, ciertos actos estatales por razones de inconstitucionalidad. La Jurisdicción Constitucional corresponde a los Tribunales o Cortes Constitucionales (muchas, incluso, ubicadas fuera del Poder Judicial). No obstante, en Venezuela, la Ju-

constitucional' requiere de decisiones imparciales, en la que los jueces asumen con naturalidad la fidelidad a la Constitución y al 'constitucionalismo de los derechos' y especialmente en el caso del derecho fundamental a la libertad de información, cuya reafirmación judicial debe conllevar el respeto a una máxima libertad posible y una mínima restricción necesaria.

Los derechos fundamentales a las libertades de información y expresión y sus múltiples corolarios (los derechos de réplica y rectificación, el derecho de acceso a la información pública, entre otros) no deben verse desplazados por necesidades coyunturales, que por su centralidad para la vida democrática merecen una protección especial en su eventual confrontación con otros derechos, y que por las mismas razones, distintas expresiones merecen distinto grado de protección como es el caso de las críticas a los funcionarios públicos que merecen la máxima protección dentro de una categorías de derechos ya de por sí merecedora de una protección especialísima.⁴

Como señala Roberto CUÉLLAR refiriéndose a la libertad de expresión, "...*el poder judicial debe desempeñar un rol protagónico como garante de este derecho humano fundamental pero, paradójicamente, en muchos casos las limitaciones ilegítimas a este derecho provienen de sentencias judiciales lo que produce un doble resultado disvalioso. En primer lugar, la limitación en sí misma del libre debate de ideas y opiniones que, como se ha sido dicho reiteradamente, constituye la esencia de la vida democrática. En segundo lugar, estas decisiones erradas hacen incurrir a los Estados en responsabilidad internacional.*"⁵

Los jueces, especialmente los que se dicen portadores de la última palabra, de la norma de cierre del sistema, como son los jueces constitucionales deberían madurar la idea según la cual las restricciones a la libertades de información y de expresión deben limitarse a la protección de intereses sociales evidentes y derechos individuales imperativos, y no deben nunca proteger instituciones particulares ni nociones abstractas, vagas, amplias e imprecisas como la 'moral de la Nación', 'el orden público', 'la honra de la Fuerzas Armadas', 'el prestigio de los funcionarios públicos' o 'la seguridad de la República', entre otros.

jurisdicción Constitucional siempre ha estado integrada al Poder Judicial (antes de la Constitución de 1999, a la Corte Suprema de Justicia en Pleno, o a su Sala Político-Administrativa, *ratione materiae*), y hoy día, concretamente a la Sala Constitucional al Tribunal Supremo Justicia. La "**justicia constitucional**", por su parte, es la que ejercen todos los jueces y tribunales, colegiados o unipersonales, de la República, a través del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, por medio de la desaplicación de las normas contrarias a la Constitución y la acción de amparo constitucional. Vid. DUQUE CORREDOR, Román. "*La interpretación vinculante de la jurisdicción constitucional y los poderes correctivos de los jueces*". En: *Orientaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia*, Barquisimeto, XXVII Jornadas Domínguez Escovar, 2002; BREWER-CARÍAS, Allan. "*La justicia constitucional en la nueva Constitución*". En: *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 35 a 44; ESCOVAR LEÓN, Ramón. *El precedente y la interpretación constitucional*. Editorial Sherwood, Colección Derecho Constitucional, Caracas, 2005. Este último, siguiendo a EISENMANN, Charles. *La Justice Constitutionnelle et la Haute Court Constituionelle D' Autriche*, Paris, Economica Presses Universitaires D' 2 Aix-Marseille, 1986, p. 2, utiliza los términos **jurisdicción constitucional** y "**justicia constitucional**" como sinónimos.

⁴ GARGARELLA, Roberto, "Constitucionalismo y libertad de expresión". En: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II. Derechos. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 744.

⁵ CUÉLLAR, Roberto. En "Pórticos" al Libro: *La libertad de expresión amenazada (sentencia 1.013)*, AA.VV, Ediciones Conjuntas con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, San José, 2001, p.5.

No obstante, la sentencia N° 834 de 18 de junio de 2009 (Caso: *Globovisión*) dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano (SC/TSJ) resulta, cuando menos, obsecuente con los intereses del Poder Ejecutivo Nacional. Los Magistrados le hacen la plana a los dictados del Presidente de la República, que busca por cualquier vía ‘echarle el cerrojo’ al canal del televisión ‘Globovisión’, utilizando renovados subterfugios legales –más no jurídicos y menos racionales o razonables- como lo hizo con Radio Caracas Televisión (RCTV), otro canal de televisión crítico con el gobierno, ‘clausurado’ el 27 de mayo de 2007 porque las autoridades administrativas no le renovaron la licencia con la que venía transmitiendo en frecuencia abierta desde 1953.⁶ En aquella ocasión, los jueces constitucionales lejos de actuar como guardianes de la Constitución fueron garantes de la plena impunidad, demostrando sus fidelidades impropias y estar cooptados por el partido de gobierno. Como señala BREWER-CARIÁS se trata de una muestra del grave quiebre y del progresivo deterioro de la democracia y del Estado de Derecho en Venezuela, así como de la lamentable pérdida del rol fundamental del Poder Judicial como garante del mismo, que da cuenta de una Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que “...en lugar de proteger los derechos constitucionales a la libertad de expresión plural del pensamiento, al debido proceso y a la propiedad privada, han conspirado, como instrumentos controlados por el Poder Ejecutivo, para aniquilarlos, secuestrarlos y violarlos, cubriendo con un velo mal cosido de juridicidad, las arbitrariedades gubernamentales”⁷.

Sin embargo, este caso no es el primero ni el último en que se ven comprometidas las libertades informativas por una inidónea actuación del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, y desde luego, contraria a los principios democráticos y a la tutela real y efectiva de los derechos humanos.

En efecto, en una Sentencia de la SC/TSJ del 17 de mayo del 2000 (Caso: *Faitha Nahmens y Ben Ami Fihman*), en el que se decidió una acción de amparo interpuesta por la periodista y el Director de la Revista ‘*Exceso*’. Los mismos denunciaban acoso judicial en un juicio penal por difamación en su contra, ante la falta de pronunciamiento oportuno sobre la alegada prescripción de la acción penal. Frente a la solicitud de la querellante que pretendía la detención preventiva de los periodistas, se vieron obligados -ante la ausencia de garantías nacionales, y la convocatoria de audiencias que ponían en riesgo la libertad de los procesados y generaban una clara indefensión- a acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en consecuencia decretó unas medidas cautelares a favor de los periodistas, abriendo un caso contra el Estado venezolano dónde se denunciaba la violación de los derechos humanos a la libertad de expresión y al debido proceso, por lo que la SC/TSJ, anticipándose a lo que sería la asunción de criterios más radicales frente al Derecho y los órganos internacionales, consideró:

“...inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que implican una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país, como la suspensión del procedimiento judicial en contra de los accionantes, medidas que

⁶ Para un análisis completo sobre el Caso de Radio Caracas Televisión (RCTV), Vid: BREWER-CARIÁS, Allan R. “El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El Caso RCTV”. *Revista de Derecho Público*, N° 110 (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, p.p. 7-32.

⁷ Brewer-Cariás, Allan R. “El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El Caso RCTV”,...*ob.cit.*, .p. 29.

sólo pueden tomar los jueces en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional, según lo disponen la Carta Fundamental y las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, aparte lo previsto en el artículo 46, aparte b) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica), que dispone que la petición sobre denuncias o quejas de violación de dicha Convención por un Estado parte, requerirá que “se haya interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos”, lo cual fue pretermitido en el caso de autos, por no haber ocurrido retardo judicial imputable a esta Sala según lo indicado en la parte narrativa de este fallo”.

Más tarde, en la sentencia SC/TSJ N° 1.013 (Caso: *Elías Santana*) 12 de junio de 2001, la Sala hace una particular interpretación de los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y al fijar su “interpretación vinculante” sobre los artículos 57 y 58 de la Constitución venezolana relativos a las libertades informativas,⁸ convalida los *delitos de opinión*, tan rechazados por el Sistema Interamericano⁹ como por las Naciones Unidas.¹⁰

⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000. Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

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

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

⁹ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Relatoría para la Libertad de Expresión. CIDH-OEA: “11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”. Aprobado durante el 108 período ordinario de sesiones en octubre del año 2000. “INTERPRETACIÓN: 50. Como ha sido señalado anteriormente, el pleno ejercicio de la libertad de expresión es uno de los principales mecanismos que tiene la sociedad para ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público. La CIDH se pronunció claramente la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana: La aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. (...) Estas leyes invierten directamente los parámetros de una sociedad democrática en que los funcionarios públicos deben estar sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. La protección de los principios democráticos exige la eliminación de estas leyes en los países en que aún subsisten. Por su estructura y utilización, estas leyes representan enclaves autoritarios heredados de épocas pasadas de los que es necesario desprenderse”. *Vid.* <http://www.cidh.oas.org/relatoria>. Ver igualmente: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos CIDH, OEA/ser L/V/II.88, Doc. 9, rev (1995).

¹⁰ Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios y el Relator Especial de la

Se señala en un pasaje de la Sentencia que:

“(…) Consecuencia de las normas citadas, todas de rango constitucional, es que la libertad de expresión genera responsabilidades, que deben ser expresamente fijadas por la ley, y que deben asegurar: 1. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás (artículos 444 y 446 del Código Penal, 1196 del Código Civil, por ejemplo). 2. La protección de la seguridad nacional (artículo 144 del Código Penal), el orden público, o la salud o la moral pública. (...) Una serie de delitos y hechos ilícitos que pudieran cometerse mediante la libertad de expresión, irrespetando los derechos de los demás, originarían por tanto responsabilidades ulteriores a quienes se expresan, y los perjuicios a las personas derivadas de la libertad de expresión, no dependen de su difusión, sino del hecho de la expresión irrespetuosa”.

Posteriormente, en la sentencia SC/TSJ Nº 1.411 (Caso: *Ley del Ejercicio del Periodismo*) del 27 de julio de 2004, la Sala Constitucional luego de citar la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), validó la **colegiación obligatoria** en franco desacato y abierto desconocimiento del **acquis conventionnel** de la Corte IDH, asumiendo para ello una interpretación errada de la opinión unánime interamericana, según la cual:

“...la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y que la Ley Nº 4420 de 22 de setiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”¹¹

Por el contrario, en la sentencia *sub examine* (SC/TSJ Nº 1.411) el juez constitucional venezolano comienza por señalar que:

“...en todo caso, basará su decisión en la Constitución venezolana, sin necesidad de extenderse más en lo relacionado con los criterios de la Comisión y la Corte, por cuanto en realidad el problema se centra no en las normas contenidas en tratados internacionales –que por ser sobre derechos humanos tienen también rango constitucional entre nosotros–, sino en la norma constitucional venezolana que permite la colegiación”.

OEA para la Libertad de Expresión (2000). “Todos los Estados miembros deben revisar su legislación sobre difamación para que la misma no restrinja el derecho a la libertad de expresión y sea compatible con sus obligaciones internacionales. Como mínimo, la legislación sobre difamación debe cumplir las siguientes pautas: Debe considerarse la posibilidad de derogar las leyes penales sobre difamación y adoptar en su lugar leyes civiles, conforme a pautas internacionales pertinentes. Debe prohibirse que el Estado, en relación con objetos tales como banderas o símbolos, organismos públicos y autoridades públicas de cualquier tipo inicien acciones por difamación. Las leyes sobre difamación deben reflejar la importancia de un debate abierto sobre cuestiones de interés público, así como el principio de que las figuras públicas están obligadas a someterse a una crítica más intensa que los ciudadanos privados; en especial deben derogarse las leyes que brindan protección especial a las figuras públicas, como las leyes sobre desacato.(...)”

¹¹ Corte IDH. ‘La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85 solicitada por el Gobierno de Costa Rica, de 13 de noviembre de 1985.

La Sala Constitucional venezolana argumenta que:

“...el establecimiento de un sistema de colegiación obligatoria para los periodistas profesionales, no puede conducir a implementar un marco jurídico que sea excluyente del resto de la colectividad, circunscribiendo ciertos actos como propios del ejercicio profesional del periodismo. Sin embargo, lo afirmado no debe interpretarse en el sentido de que las personas que no hayan cumplido con formación universitaria y que ejerzan la actividad periodística sólo con base en los conocimientos obtenidos por su propia experiencia, puedan acceder al Colegio Nacional de Periodistas, pues evidentemente, este Ente sólo agrupa a los licenciados universitarios en esta área. Por tanto, el ejercicio empírico y no profesional del periodismo no puede llevar a que sean colegiados por esa entidad, ni tampoco que el ejercicio no profesional de la actividad pueda dirigirse al detrimento de las potestades que tiene el Colegio Nacional de Periodistas establecidas en la Constitución y en la ley que rige su materia, las cuales abarcan la potestad para agrupar y organizar a sus asociados (periodistas profesionales), así como el ejercer su potestad organizativa y reglamentaria, e inclusive, la potestad disciplinaria sobre sus agremiados. Todos pueden de una u otra manera ejercer el derecho a la libertad de expresión, aunque ello trastoque tangencialmente la actividad propia del periodismo, pero tampoco puede considerarse que su desenvolvimiento sea equiparable al ejercicio profesional realizado por licenciados especializados en esta área de la comunicación social”. Para finalizar indicando que: “...colegiación obligatoria no constituye per se contravención a los derechos relativos a la libertad de expresión, establecidos en nuestra Constitución, así como en el anteriormente referido ordenamiento supranacional.”¹²

Más recientemente, la Sala Constitucional del TSJ en Sentencia N° 745 del 15 de julio de 2010 (Caso: *Asociación Civil Espacio Público*) declaró improcedente *in limine litis*, la acción de amparo interpuesta en contra de la negativa del Contralor General de la República Bolivariana de Venezuela de dar respuesta oportuna y adecuada a las peticiones de la precitada Asociación Civil en el sentido de conocer el *“...salario base y otras erogaciones que devengan el Contralor General de la República y las remuneraciones del resto del personal de la Contraloría General de la República; señalando que el salario de los funcionarios públicos es un dato que pertenece a su intimidad y que, por tanto, no está protegido por el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos y el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública.*

Señala la Sala Constitucional en su *“test de constitucionalidad”* que:

“...la parte accionante no acredita cómo la información solicitada sería de utilidad para la participación ciudadana en pro de la transparencia de la gestión pública. En otras palabras, no parece proporcional la magnitud de la información solicitada en pro de la transparencia de la gestión fiscal, ni siquiera las acciones concretas para las cuales se utilizaría la información solicitada. Razón por la cual [...] no existe un título legítimo para tolerar la invasión en el derecho constitucional a la intimidad del Contralor General de la República y el resto de los funcionarios adscritos al órgano contralor.”¹³

En esta ocasión, la Sala Constitucional del TSJ *“ESTABLEC[IÓ] COMO CRITERIO VINCULANTE que en ausencia de ley expresa, y para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: i) que él o la solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la*

¹² Sentencia SC/TSJ N° 1.411 (Caso: *Ley del Ejercicio del Periodismo*) del 27 de julio de 2004.

¹³ Sentencia SC/TSJ N° 745 (Caso: *Asociación Civil Espacio Público*) del 15 de julio de 2010.

*información; y ii) que la magnitud de la información que se solicita sea proporcional con la utilización y uso que se pretenda dar a la información solicitada”.*¹⁴

Sin dudas, esta es otra decisión negadora o reduccionista del Derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵, toda persona, sin necesidad de acreditar un interés especial, tiene el derecho humano de acceso a la información que el Estado administre o produzca o que deba administrar o producir. En este sentido, el Estado tiene la obligación internacional de suministrar al público información de forma oficiosa y continua, y establecer mecanismos ágiles y eficientes de acceso a la información que sea solicitada. Dado que se trata de una de las formas protegidas del derecho a la libertad de expresión, las restricciones al derecho de acceso deben respetar los mismos criterios que se usan para evaluar cualquier otra restricción de este derecho.

En efecto, “[...] la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.”¹⁶

En consecuencia, el derecho de acceso a la información está sujeto a un régimen estricto y excepcional de limitaciones, que deben estar previstas taxativa y previamente en la ley, perseguir fines imperativos, ser estrictamente necesarias y proporcionales respecto de los fines que persiguen, y estar sujetas a la posibilidad de ser controvertidas judicialmente.¹⁷

La Corte IDH recuerda que el “...control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control.

¹⁴ Sentencia SC/TSJ N° 745, cit.

¹⁵ Cfr. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁶ Cfr. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. cit. parr. 77.

¹⁷ La Agenda de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: problemas persistentes y desafíos emergentes. Relatoría para la Libertad de Expresión. CIDH-OEA, 2009-2011. En: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=159&IID=2>

*Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”.*¹⁸

En términos generales, este conjunto de restricciones judiciales a las libertades informativas, contenidas en las Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, nos hace pensar en la existencia de juicios que responden más a premisas discontinuas e incoherentes, a valoraciones político partidistas antes que jurídicas, y a la existencia de fidelidades impropias que a procesos lógicos, estandarizados y sustentados sobre reglas o métodos jurídico-constitucionales apoyados en la fidelidad a la Constitución.

Como veremos a lo largo de esta investigación, las posiciones negadoras o reduccionistas de los derechos fundamentales, en este caso, que pretenden erigirse como impedimentos ilegítimos o restricciones jurisdiccionales a las libertades de expresión e información, y a todos los derechos consustancias e instrumentales derivados, se colocan en las antípodas de la razón y a contrapelo de un Derecho que hoy se sustenta sobre tres pilares: (i) la legitimidad de los gobernantes, (ii) la intangibilidad los derechos humanos de los sujetos y (iii) el principio de la rendición de cuentas (*accountability*), y a espaldas de un poder político que ha sido penetrado y transformado por el Derecho, especialmente por esa nueva dimensión conocida como Derecho internacional de los derechos humanos, que impone a los Estados la obligación jurídica general y frente a todos (*omnium et erga omnes*) de reconocer la dignidad humana y respetar los derechos fundamentales de la persona.

1. *El constitucionalismo frente a la libertad de información*

Las restricciones judiciales ilegítimas a derechos fundamentales como son los atinentes a la libertad de expresión y a la libertad de información, tan relevantes y consustanciales a la juridificación y democratización del Estado, contrarían abiertamente el constitucionalismo contemporáneo, por lo inidóneo e injusto que resultan los compromisos políticos de los jueces de máximo nivel, porque la primera y última fidelidad de los jueces debería ser la fidelidad a la Constitución, a la que todos los jueces juran al aceptar su cargo, todas las demás fidelidades, especialmente las político-partidistas, deben ceder, “*porque si no se puede asu- mir la Constitución como hábito mental y moral propio es inclusive mejor declinar la actividad jurisdiccional*”, porque las fidelidades impropias, los credos, las obligaciones absolutas, asociativas, gremiales, clientelares o corporativas surgen y se manifiestan, exigen lealtad, piden al juez pagar el precio del nombramiento. Por eso, cuando se observan ciertas sentencias constitucionalmente inmotivadas o artificiosamente argumentadas no se puede soslayar que las mismas dependen de las fidelidades impropias.¹⁹

Asimismo, las restricciones judiciales a los derechos fundamentales contrarían abiertamente el constitucionalismo contemporáneo en el que el Derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución,²⁰ pero no por cualquier tipo de Texto Fundamental, sino por aquella *Constitución material*, no sólo promotora de la prudencia política y del diálogo deliberativo, eficaz y consustancial a los principios democráticos, sino condicionante y decididamente preferente de los derechos y libertades (*Preferred freedom*), de la afirmación de la

¹⁸ Cfr. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile. cit.*, parr. 87.

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción Manuel Martínez Neira, Mínima Trotta, Trotta, Madrid, 2008, p.80.

²⁰ COMANDUCCI, Paolo. “Constitucionalización y Neoconstitucionalización”, En: *Constitución y Teoría del Derecho*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, México, 2007, p.73.

trascendencia de la persona sobre el Estado y la sociedad (personalismo humanista)²¹ y del principio *pro homine* o *pro personae*²² que impondría el criterio jurisprudencial más favorable a la persona, con independencia del tribunal (nacional o internacional) del que proceda.

En efecto, el constitucionalismo parece imponer una *Constitución material* de los Estados y más allá de éstos, que supone un cuestionamiento a la idea ya clásica de supremacía constitucional y da una creciente “visibilidad a los derechos fundamentales” y a “un marco constitucional múltiple y dialéctico”,²³ dominado por un *bloque de constitucionalidad* en materia de derechos fundamentales formado por la Constitución, por la jurisprudencia constitucional y por un estándar mínimo, denominado *acquis conventionnel*, conformado por los textos convencionales y la jurisprudencia internacional sobre la materia.²⁴

Esa *Constitución del constitucionalismo* debe obedecer a procesos lógicos, estandarizados y sustentados sobre reglas o métodos jurídico-constitucionales apoyados en la fidelidad a la Constitución y con la idea misma de democracia constitucional y supremacía iusfundamental de los derechos, que hace incompatible la existencia de poderes absolutos e infalibles.

Sin embargo, siguiendo a Mauro BARBERIS, es pertinente advertir sobre las positivizaciones reales y las aparentes, ejemplificada esta última en las Constituciones <fachada> de muchos países del Tercer Mundo o en la prevalencia de doctrinas del “derecho constitucional” contrarias a estos valores del constitucionalismo,²⁵ que terminan convirtiéndolo todo en declaraciones de buenas intenciones, agotando toda forma de tutela de los derechos y sacrificando lo que es verdaderamente importante, esto es, la protección individual de los derechos fundamentales.

Ciertamente, en ningún caso la aceptación y promoción del Derecho internacional de los derechos humanos puede significar obsecuencia ciega a la jurisprudencia y recomendaciones de los sistemas regionales de protección. Insistimos, en ningún caso podemos referirnos a una

²¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (biblioteca universitaria guadiana), Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, pp. 147-148.

²² Se entiende por “...*pro personae* [...] un método de indagación del sentido último de las disposiciones jurídicas [...], para los fines de la aplicación no jurisdiccional o jurisdiccional de aquéllas, y en este sentido es un “principio de interpretación” ampliamente acreditado, pero al mismo tiempo significa un criterio riguroso para la elaboración de las disposiciones que nacional e internacionalmente se expidan sobre [determinada] materia, y en tal virtud es también un “principio de regulación”. Cfr. Corte IDH. Caso: *Raxcacó Reyes vs. Guatemala* Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas) Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

²³ CASCAJO CASTRO, José Luis. “Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”. En: ***La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho***, Tomo VI, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores) Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, p. 204.

²⁴ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Prólogo de Enoch Albertí. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección: Estudios Constitucionales, Director: Francisco Rubio Llorente, Madrid, 2008 p.p.4 y 406 y s.s.

²⁵ BARBERIS, Mauro. *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 39. Para BARBERIS, Carl Schmitt puede calificarse como constitucionalista sólo en el sentido de doctrinario del derecho constitucional. *Ibidem.*, p.39.

interpretación conforme a la autoridad “externa”²⁶ como un dogma de fe, como una verdad incontrovertible que sustituye al juez nacional, pero, por qué negar la evidencia, qué duda cabe sobre el carácter democratizador y tuitivo de los derechos que se le atribuyen al canon europeo y al canon americano, en cada caso, y en ese sentido, la argumentación ‘*ab exemplo*’ es eficaz y la obediencia reflexiva a las sentencias del TEDH y de la Corte IDH se manifestaría a través del (i) cumplimiento de los efectos directos (*inter partes*) que de ellas se derivan (ejecución *stricto sensu*) y también por medio del (ii) seguimiento de sus efectos indirectos o interpretativos que son *pro futuro*, *erga omnes* y obligatorios, lo que significa que afectan tanto al Estado Parte responsable de la violación como al resto de los Estados Parte, los cuales deben iniciar un proceso de compatibilización, de armonización y de concurrencia con el estándar de protección cuando una sentencia hace patente tal necesidad. Sin embargo, que el Estado se sometiera al Derecho fue una verdadera conquista, una auténtica transformación del *Ancien Régime* atribuida a la Revolución Francesa (*Déclaration des Droits de l’homme et du Citoyen*, de 1789).

Es una conquista, ciertamente, pero no ha sido suficiente, si se contrasta con los altos grados de iniquidad y arbitrariedad, impunidad y violaciones graves a los derechos humanos que todavía persisten, incluso en el desempeño de la ‘justicia’ de algunos operadores jurídicos, bien sean jueces unipersonales o colegiados, de instancia, o más grave aún, pertenecientes a los tribunales supremos o cortes constitucionales, en cuyo caso sus decisiones suelen convertirse en las normas de cierre del sistema.

En línea con lo anterior, se suele decir que los hombres y los Estados o los gobiernos que los representan son inducidos a buscar la justicia, “... *a moverse hacia sistemas de ‘justicia superior’, no solamente en el interior de los países donde se tienen varias formas de justicia constitucional, sino también a nivel trasnacional*”²⁷ y en este empeño se accede a la jurisdicción internacional, lo que se conoce como Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

En otras palabras, del mismo modo que el proceso de juridificación y democratización del Estado ha significado un mayor disfrute de los derechos fundamentales, cabe precisar igualmente que, en la mayor deferencia o en la resistencia que se tenga -especialmente los jueces- en la apertura del derecho interno al Derecho internacional de los derechos humanos, subyace una especie de barómetro del funcionamiento democrático del Estado, que en términos reales puede incidir sobre los principios democráticos, sobre la dignidad y la universalidad de los derechos del hombre, y arrojar luces sobre la constatación de la vigencia real -que no conceptual o normativa- del Estado de Derecho o Estado constitucional y del constitucionalismo, más allá de los prejuicios o visiones aparentes.

Aunque sería idóneo que los derechos humanos se disfrutasen sin necesidad de instar continuamente a los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos,²⁸ o lo

²⁶ GARGARELLA, siguiendo a SAGÜÉS, en: GARGARELLA, Roberto “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema Argentina”. En: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 236.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, prólogo, Héctor Fix Zamudio; presentación, Fernando Serrano Migallón, Porrúa: Facultad de Derecho UNAM, 2007, p: 239.

²⁸ DULITZKY, Ariel. “Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los sistemas federales. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina”. En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La ex-*

que es lo mismo, que los sistemas regionales gozaran de carácter subsidiario, de modo que los tribunales internos y toda la organización judicial nacional funcione como los primeros y principales protectores de los derechos reconocidos en las respectivas cartas o tratados.²⁹ No obstante la realidad impone otra cosa.

La realidad es fecunda en casos de incumplimiento del derecho interno, de las obligaciones internacionales y del deber estatal de protección jurisdiccional frente a los casos anteriores, que facultan a las personas agraviadas a buscar justicia allende las fronteras del Estado, ante la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud de un tratado.

De allí que la protección internacional de los derechos humanos forme parte de un proceso de internacionalización, aún en fase embrionaria, como subraya PECES-BARBA,³⁰ porque una identificación de los derechos humanos sería incompleta sin su dimensión internacional que se hace visible en "...la práctica de los Estados [y en] la jurisprudencia interna e internacional..."³¹ lo que ha supuesto un avance para la humanidad, no obstante quede mucho por hacer para perfeccionar los controles internacionales de verificación y sanción de los incumplimientos de las obligaciones contraídas por los Estados. En este proceso de "internacionalización de los derechos"³² el discurso judicial es imprescindible, de modo que la dialéctica de

periciencia de una década, Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (Compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 9. *Vid.* igualmente: DULITZKY, Ariel. "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado". En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (Compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p.p.33-74. Realmente resulta paradójico que sean los países con un sistema constitucional más perfeccionado y protector de los derechos los que se sometan a estas instancias supranacionales con capacidad para supervisar la actuación de los órganos nacionales, lo que no responde, desde luego a una necesidad de disponer de varias instancias de control externo que sea consustancial a los sistemas constitucionales modernos. Antes bien, la existencia de una diversidad de niveles sólo parece justificable en cuanto que cada uno de ellos tenga su propia razón de ser. *Ver.*: Balaguer Callejón, Francisco. "Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional". En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 1, Enero-Junio, 2004, p.p. 25-46.

²⁹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "Hacia una mayor efectividad del mecanismo de garantía instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", En: *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Luis Martín Rebollo (Director), Gobierno de Aragón- Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Isac Artes Gráficas, SL, Zaragoza, 2008, p.244.

³⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, con la colaboración de Rafael de Asís, Rafael Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1.era Reimpresión, 1999, p. 154.

³¹ PECES-BARBA, Gregorio. *ob.cit.*, 1999, p.p.173-175. El proceso de internacionalización, aún en fase embrionaria, arranca en el siglo XX, en los años posteriores a la segunda guerra mundial cuando, a pesar de la guerra fría, de las diferentes concepciones de los derechos humanos que tenían los países capitalistas y socialistas y las circunstancias surgidas de la descolonización, se va a producir una importante eclosión de la tarea convencional internacional en el orden a la protección de los Derechos humanos, reflejada en la multitud de tratados sectoriales sobre el reconocimiento y protección internacional de Derechos fundamentales. Esto no obsta para que se le critique, como lo hace Carrillo Salcedo, citado por Peces-Barba, que el elevado número de tratados y convenios facilita solapamientos, lagunas incoherencias y contradicciones entre normas convencionales internacionales y regionales, que producen una inflación normativa que socava la aspiración de globalidad, a lo que se debe añadir el bajo desarrollo de los controles internacionales para verificar y sancionar los incumplimientos de las obligaciones de los Estados.

³² Cuando la doctrina se refiere a los distintos procesos históricos que han transformado los derechos humanos fundamentales, se suele referir a la existencia de cuatro grandes procesos: (i) positivación, (ii) generalización, (iii) internacionalización y (iv) especificación. La internacionalización de

los jueces a favor o no de la jerarquía superior de los derechos es determinante para la aceptación y el arraigo del DIDH en todos los confines y aguas adentro de los Estados.

La frecuencia y -especialmente- la calidad de la argumentación judicial, conduce, necesariamente, a que los Estados, sus individuos e instituciones cumplan con el DIDH, y por ende, ejecuten lo prescrito por los órganos de protección en forma de opiniones consultivas, decisiones cautelares o definitivas.

En efecto, en estas líneas tendremos la oportunidad de analizar cómo los jueces supremos venezolanos, en su condición de intérpretes constitucionales últimos, se han colocado a la zaga del derecho internacional contemporáneo, cuando parecía comenzar a concretarse el deber de solidaridad entre los Estados a fin de garantizar el reconocimiento y la protección efectiva y universal de los derechos humanos,³³ y con ello, una toma de conciencia sobre el necesario cambio de posicionamiento del principio constitucional de soberanía estatal frente al ordenamiento internacional, dando paso a lo que Fernando MARIÑO señala como <<desformalización>> de la soberanía³⁴ y CARRILLO SALCEDO describe como el proceso de internacionalización de los derechos humanos y libertades públicas, que interesan hoy no sólo en el plano de las Constituciones de los Estados sino también en el Derecho Internacional, ya que la protección de los derechos humanos, en cuanto garantía de la integridad moral y física

los derechos humanos constituye un proceso político y jurídico que se desarrolla luego de la segunda posguerra, en el que la decisión de la comunidad de Estados converge en incluir el trato que un Estado dé a sus nacionales y, en general, a todas las personas bajo su jurisdicción entre las cuestiones de interés común. La decisión queda reflejada en la Carta de las Naciones Unidas que institucionaliza la sociedad internacional transformándola en comunidad al poner en común una serie de objetivos que la organización debe propiciar y para lo cual instaura una política de cooperación internacional. Los Estados nacionales y otros sujetos de derecho internacional convienen en la celebración de declaraciones, acuerdos y pactos internacionales y regionales, como los celebrados en el marco de la creación de las Naciones Unidas, que principalmente tendrán injerencia en los asuntos internos de los Estados, con acento en la vigilancia sobre los derechos humanos. Ver: PECES-BARBA, Gregorio. *ob.cit.*, 1999, p.p. 154-179; Asimismo, BOBBIO, Norberto. *El tercero ausente*, Editorial Cátedra, Madrid, Traducción de Pepa Linares, Madrid, 1997. Igualmente: PINTO, Mónica. “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (Compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 9.

³³ En este sentido el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, contempla que: [t]odos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55, que, a su vez: [c]on el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

³⁴ En términos generales, puede afirmarse que la señalada <<desformalización>> de la soberanía ha recibido expresión definitiva en la formación y consolidación de dos de los principios fundamentales del orden jurídico internacional contemporáneo: el de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos y el de respeto a los derechos humanos fundamentales. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Derecho Internacional Público. Parte General*, Trotta, Madrid, 1999, p.93

de cada persona, ha quedado recogida tanto en los ordenamientos constitucionales estatales como en el orden jurídico internacional.³⁵

Hoy es indiscutible el papel instrumental que tienen los medios de comunicación en la formación de la opinión pública, así como el carácter consustancial de la opinión pública plural y libre con la democracia, porque "...no hay democracia donde no hay defensa de la opinión pública, ni opinión pública efectiva donde no hay democracia".³⁶

La experiencia ha demostrado que penalizar las expresiones crea más problemas de los que resuelve,³⁷ así como criminalizar al informador genera un clima de hostilidad y desasosiego, porque en una sociedad democrática no se debe castigar la crítica al gobierno con una injerencia penal injustificada y desproporcionada, que, por lo general, conlleva los dos efectos nefastos de la judicialización de la política y la politización de la justicia, y que tarde o temprano se revierte en contra de su artífice, como una auténtica espada de Damocles de doble filo.

2. *La obligación de respetar el derecho internacional de los derechos humanos en Venezuela*

En este asunto es fundamental recordar que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.³⁸

Así, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los Estados Parte asumen los deberes de (i) investigar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos ocurridas en su jurisdicción, (ii) identificar y sancionar a los responsables en el ámbito interno, y (iii) reparar integralmente a las víctimas (*restitutio in integrum*), esto es, no sólo indemnizarlas, sino restituirles en el goce de los derechos y esferas jurídicas lesionadas, con el restablecimiento de la situación más parecida al *status* previo a la violación; asumiendo, igualmente, la garantía de no repetición, que supone el compromiso *pro futuro* de evitar actos antijurídicos en menoscabo de los derechos humanos, como expresión concreta y garantía general de recepción -y dinámica aplicación- de los valores superiores compartidos por la comunidad internacional, dispuestos a la conservación y defensa eficaz de los derechos y del orden público internacional.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA)³⁹, observó que:

³⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. En: "prologo al libro *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* de Carlos VILLÁN DURÁN, Trotta, Madrid, 2006, p.23.

³⁶ CALLEJO, Javier. "El instituto sociológico de la opinión pública". En: *Libertades Informativas*, Antonio Torres del Moral (Director), COLEX, Madrid, 2009, p.123.

³⁷ TORRES DEL MORAL, Antonio. "Sistemática constitucional y cuestiones generales", En: *Libertades Informativas*, Antonio Torres del Moral (Director), COLEX, Madrid, 2009, p.85.

³⁸ Cfr. Caso *Velásquez Rodríguez*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº 7, párr. 25; Caso *Zambrano Vélez y otros*, *supra* nota 18, párr. 131, y Caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz*, *supra* nota 12, párr. 156.

³⁹ Fuentes: Informe Anual 2008, tercer volumen del Informe Anual de la CIDH (febrero de 2009) RELATORÍA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA); <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=724&IID=2>

“256 [...]. ...el actual ambiente de hostilidad y polarización, se ve impulsado con el inicio de procesos administrativos que buscarían responsabilizar a medios de comunicación independientes del gobierno, por opiniones expresadas en programas transmitidos en directo por personas que no pertenecen al canal. El 13 de octubre de 2008, Rafael Poleo, invitado a un programa de opinión del canal Globovisión que se emitía en vivo, sostuvo que el Presidente de Venezuela “va a terminar como Mussolini: colgado y con la cabeza para abajo”. Inmediatamente, el conductor del programa le pidió moderación.

En aplicación del artículo 29 numeral 1 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) inició un expediente administrativo en contra del canal por supuesta instigación al magnicidio y emitió una medida cautelar ordenando al canal abstenerse de difundir en cualquier horario mensajes que violen la Ley. Para el momento en que se realiza este informe, 1 de diciembre de 2008, aun se encuentra pendiente una decisión definitiva en este proceso.

257. Posteriormente CONATEL inició un nuevo proceso administrativo en contra de Globovisión. En la madrugada del 24 de noviembre de 2008, luego del cierre de la jornada electoral, este medio transmitió las declaraciones del entonces candidato a la gobernación del Estado de Carabobo en las que sostuvo que “de aquí de Carabobo queremos exigir resultados al CNE, de inmediato, pero como siguen retrasando el proceso, le quiero pedir a todo el pueblo carabobeño, a todos ustedes que me acompañan, que nos vayamos a la Junta Electoral a reclamar el triunfo de Carabobo”. Ese mismo día en la noche, el presidente Hugo Chávez pidió al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) iniciar una investigación en contra de un canal sin especificar, por haberse adelantado a los resultados de las elecciones. Posteriormente uno de los rectores del Consejo Nacional Electoral (CNE) informó que ningún medio de comunicación incurrió en delito electoral. Aclaró además que el único ente competente para sancionar administrativamente en temas electorales es el Poder Electoral. No obstante estas declaraciones, CONATEL consideró que la transmisión podría constituir una violación a lo establecido en el artículo 29 numeral 1 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión al difundir mensajes que presuntamente inciten alteraciones del orden público. Este mismo artículo establece que el supuesto de reincidencia podría implicar la revocatoria definitiva de la concesión de Globovisión”.

258. Sumado a las investigaciones mencionadas en numerales anteriores, se ha informado la existencia de un proceso adicional en contra de comunicadores independientes o críticos del gobierno. (...)

259. La CIDH reconoce el legítimo deber del Estado de investigar situaciones que atenten contra la seguridad del mismo. No obstante, en temas de tanta gravedad, las investigaciones y acusaciones públicas provenientes de altas autoridades, deberían estar soportadas en pruebas suficientes y contundentes y no en la emisión de opiniones críticas o incluso ofensivas contra funcionarios del gobierno, como parece ser el presente caso, según la información pública que se encuentra en la página oficial. Lo anterior adquiere aun más relevancia si se toma en cuenta que las amenazas de muerte y ataques violentos contra comunicadores y medios críticos al gobierno, se han producido con la excusa de hacer justicia privada contra quienes supuestamente han promovido los crímenes que se mencionan en el párrafo anterior.

260. Sobre este tema, el Estado indica que luego de pasar por la Comisión de la Asamblea Nacional, “el Ministerio Público tiene a cargo las averiguaciones penales respectivas, motivo por el cual no puede hablarse de intimidación o ataques al canal Globovisión”.

261. La CIDH sigue viendo con preocupación algunos contenidos de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. Llama la atención a la CIDH que artículos como el 29 numeral 1 sanciones de la mayor gravedad respecto de situaciones que son definidas de manera vaga o genérica. También preocupa a la CIDH que su aplicación pueda llevar a res-

ponsabilizar a un medio de comunicación por la conducta realizada por un tercero, ajeno al canal en un programa transmitido en directo, o por la transmisión del discurso de un político.

262. La CIDH recuerda que el principio 5 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión señala que “las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”; y que, como ya lo había indicado con anterioridad la CIDH, “las restricciones definidas de maneras vagas y combinadas con sanciones altamente punitivas crean condiciones para la autocensura en los medios”.

[...]

268. La CIDH considera que las conductas reseñadas en la presente sección no propician un clima de tolerancia en el cual se favorezca la activa participación e intercambio de ideas de los diversos sectores de la sociedad venezolana. Los numerosos actos violentos de intimidación provenientes de grupos privados contra periodistas y medios de comunicación, sumados a las declaraciones descalificatorias de altos funcionarios públicos, y a la apertura sistemática de procesos administrativos fundados en normas legales que permiten un alto nivel de discrecionalidad al momento de ser aplicadas y que amparan la imposición de sanciones drásticas, entre otras, configuran un escenario restrictivo que inhibe el libre ejercicio de la libertad de expresión como condición de una democracia vigorosa fundada en el pluralismo y la deliberación pública”.

A pesar de las diáfanos advertencias y expresas recomendaciones de la CIDH-OEA⁴⁰, cuya observancia es indispensable para seguir avanzando en la protección, garantía y promo-

⁴⁰ “10. La Relatoría Especial promueve la observancia de sus recomendaciones para seguir avanzando en la protección, garantía y promoción del derecho a la libertad de expresión en toda la región. En este contexto, la Relatoría Especial reitera las más importantes recomendaciones formuladas en sus informes anuales anteriores, en especial aquellas relacionadas con los problemas y desafíos mencionados en los capítulos II y IV de este Informe Anual. En consecuencia, la Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros de la OEA:

- a. Realizar investigaciones serias, imparciales y efectivas sobre los asesinatos, agresiones, amenazas y actos de intimidación cometidos contra periodistas y trabajadores de medios de comunicación social. También deben investigarse estos crímenes cuando son cometidos con el propósito de silenciar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de cualquier individuo.
- b. Juzgar por tribunales imparciales e independientes a todos los responsables de los asesinatos, agresiones, amenazas y actos de intimidación por causa del ejercicio de la libertad de expresión, y reparar adecuadamente a sus víctimas y familiares.
- c. Condenar públicamente estos hechos para prevenir acciones que fomenten estos crímenes”.
- d. Adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de quienes son agredidos y amenazados por el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, ya sea que estos actos provengan de agentes del Estado o que sean cometidos por particulares.
- e. Adoptar las medidas necesarias para que los comunicadores sociales en situación de riesgo que debieron desplazarse o exiliarse puedan retornar a sus hogares en condiciones de seguridad. Si estas personas no desearan regresar, los Estados deben adoptar medidas para que puedan permanecer en el lugar elegido en condiciones dignas, con medidas de seguridad y con el apoyo económico necesario para conservar su trabajo y sus relaciones familiares.
- f. Promover la derogación de las leyes que consagran el desacato, cualquiera sea la forma en la que se presenten, dado que estas normas son contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y restringen el debate público, elemento esencial del funcionamiento democrático.
- g. Promover la modificación de las leyes sobre difamación criminal a fin de eliminar la utilización de procesos penales para proteger el honor y la reputación cuando se difunde información sobre

ción de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información en toda la región, el Gobierno venezolano no sólo las obvió abiertamente, sino que:

“El 28 de mayo de 2009 el Presidente Hugo Chávez exigió a las autoridades públicas actuar contra Globovisión o que renunciaran a sus cargos. Exhortó específicamente a Diosdado Cabello, Ministro de Obras Públicas y Vivienda, al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), al Tribunal Supremo de Justicia y a la Fiscalía General de la República.

Acatando esta orden, el 5 de junio de 2009, Diosdado Cabello anunció que había ordenado a CONATEL abrir un nuevo procedimiento administrativo contra Globovisión y que había solicitado a la Fiscalía el inicio de investigaciones penales contra el canal, para luego proceder a revocar la concesión de Globovisión en base al artículo 171 numeral 6 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

El 16 de junio de 2009 CONATEL notificó a Globovisión de la apertura del nuevo procedimiento sancionatorio y suspendió el mismo hasta que la jurisdicción penal determinara la responsabilidad penal de Globovisión, para entonces proceder a revocar la concesión sobre el referido artículo 171 numeral 6 de la Ley. El oficio de CONATEL hace referencia a que la Fiscalía debe determinar primero la "responsabilidad penal de Globovisión".⁴¹

“El Ministro del Poder Popular de Obras Públicas y Vivienda, Diosdado Cabello, como autoridad del ente de telecomunicaciones CONATEL, declaró que la empresa mediática Globovisión, podría estar amparando la comisión de varios delitos, violando el artículo 171 de la Ley de Telecomunicaciones.

Cabello explicó que ante los presuntos excesos que han cometido en esta planta privada de televisión, se ha solicitado a la Fiscalía General de la República la averiguación, ya que de hallarse los elementos suficientes, CONATEL podría revocar la concesión de esta planta.

“Nosotros no somos competentes para determinar si hubo o no comisión de delitos, por esto solicitamos a la Fiscalía que se abrieran averiguaciones penales sobre este tema. Si después que ellos llamen a los señalados e implicados se determina que hay delito, nosotros tenemos el artículo 171 que está allí”, explicó.

asuntos de interés público, sobre funcionarios públicos o sobre candidatos a ejercer cargos públicos.

h. Incorporar en sus ordenamientos jurídicos estándares diferenciados para evaluar la responsabilidad ulterior de quienes difunden opiniones o ideas sobre asuntos de interés general o de crítica política, incluyendo el estándar de la “real malicia” y la estricta proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones, de forma tal que los procesos seguidos por esta causa no generen un efecto silenciador que afecte el debate democrático.

i. Promover la modificación de las leyes sobre injuria de ideas o de instituciones a fin de eliminar el uso de procesos penales para inhibir el libre debate democrático sobre todos los asuntos.

j. Eliminar cualquier norma que habilite la censura previa por parte de cualquier órgano estatal, y también cualquier calificativo que pueda implicar censura a la libertad de expresión, tales como las exigencias previas de veracidad, oportunidad e imparcialidad en la información.

Fuentes: Informe Anual 2008, tercer volumen del Informe Anual de la CIDH (febrero de 2009) RELATORÍA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA); <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=724&IID=2>

⁴¹ Fuente: <http://www.globovision.com/news.php?nid=119765>

Aseguró que los miembros de este canal privado alegarán que se trata de una retaliación política, “simplemente porque a otros medios no se les hace, pero esos mismos son respetuosos de lo que está ocurriendo en Venezuela”, recalcó.

“Algunos medios están jugando con la salud mental de los venezolanos”, recordó el director encargado de CONATEL.”⁴²

“Sin embargo, para esa fecha, en Venezuela no se había aceptado la posibilidad de que personas jurídicas fuesen penalmente responsables. En consecuencia, faltaba un eslabón, por ello el 18 de junio de 2009 la Sala Constitucional del TSJ dictó la sentencia Nº 834 interpretando el mencionado artículo 171 numeral 6 y determinó por primera vez en su historia, que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables. Con ello, el TSJ validó la actuación de CONATEL y abrió la posibilidad de que se determine que Globovisión delinque. Así, la revocatoria de la concesión ordenada por Chávez ya cuenta con la participación de todos los órganos a los cuales “exhortó”: el Ministro Cabello, CONATEL, la Fiscal y el TSJ. Se supo que ante el “exhorto” que hizo Chávez a Luisa Estela Morales, en el TSJ estuvieron apurados sacando esta sentencia, luego de 6 años, para poder darle sustento jurídico a toda la estrategia para cerrar a Globovisión.”⁴³

Sólo esto explica que sea ahora, cuando la voz oficial y única clama por el cierre de Globovisión, que se decida esta demanda de nulidad interpuesta hace más de seis años, lo que corroboran, una vez más, tres circunstancias:

1. Que el resto de los poderes públicos actúan por órdenes expresas o implícitas del Poder Ejecutivo, por el Presidente de la República, porque, o han sido cooptados o puestos en sus cargos por él o son operadores políticos del partido oficial y único de Venezuela; **2.** La manifiesta falta de autonomía, independencia y objetividad del Poder Judicial venezolano, y, **3.** Que después de 10 años en el poder, el proyecto político que encarna el Presidente de la República no sólo moldeó todos los poderes del Estado a su imagen y semejanza, acabó con los necesarios pesos y contrapesos del poder (check and balances), sino que introdujo como única forma de legitimar el poder: la más primitiva y maniquea dialéctica irreconciliable del amigo/enemigo. Esa misma dialéctica irreconciliable y excluyente se le aplica los medios de comunicación que muestren un atisbo de crítica e independencia.

En efecto, la Sala Constitucional, bajo la ponencia de Carmen Zuleta de Merchán, y con el único voto salvado de Pedro Rondón Haaz, declaró sin lugar la acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta el 29 de enero de 2003 por **GLOBOVISIÓN** y **RCTV**, contra los artículos 171.6; 183, parágrafo único; 208, 1 y 8, y 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* Nº 36.970 del 12 de junio de 2000; y contra los Decretos Presidenciales núms. 2.427 del 1 de febrero de 1984 y el 2.625 del 5 de noviembre de 1992, contentivos del Reglamento de Radiocomunicaciones y del Reglamento Parcial sobre Transmisiones de Televisión.

Con esta Sentencia la Sala Constitucional, como en anteriores ocasiones, incurre en el abuso *in iudicando*, al decidir no sólo más de lo que se le pide (*ultra petita*), sino de utilizar aquellas consideraciones que no son parte del fallo, elucubraciones que se les antojan al juez, que porque es juez las vierte en la sentencia (*obiter dicta*), pero que no son necesarias, porque no cuentan con el poder vinculante en esta causa (*causa petendi*), es decir, no forman parte

⁴² Fuente: Radio Nacional de Venezuela. <http://www.rnv.gov.ve/noticias/index.php?act=ST&f=2&t=100210>

⁴³ Fuente: Globovisión. <http://www.globovision.com/news.php?nid=119765>

del fallo (*dictum*), y lejos de aclarar el asunto algunas veces enredan o generan confusión, o se dejan caer deliberadamente para futuras actuaciones, para establecer un régimen velado de censura previa y autocensura que afecta visiblemente a los medios de comunicación audiovisual.

II. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL EN VENEZUELA

Uno de los asuntos que más han preocupado a los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos,⁴⁴ es el relativo a la necesaria independencia del Poder Judicial en Venezuela, que la Corte IDH ha calificado de “esencial para el ejercicio de la función judicial”⁴⁵ y que en el caso venezolano se hace más crítico, como lo advierte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), dado que “...*la falta de independencia y autonomía del poder judicial frente al poder político constituye uno de los puntos más débiles de la democracia venezolana, situación que conspira gravemente contra el libre ejercicio de los derechos humanos en Venezuela*”.⁴⁶

A juicio de la CIDH la consecuencia de esa falta de independencia son más que visibles, al haber permitido que en Venezuela se utilice el poder punitivo del Estado para criminalizar a los defensores de derechos humanos, judicializar la protesta social pacífica y perseguir penalmente a los disidentes políticos⁴⁷.

La preocupación por la independencia judicial y su relación consustancial con los derechos humanos no ha sido ajena a los foros especializados. En la Declaración y el Programa de Acción de Viena, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, Asamblea General de las Naciones Unidas⁴⁸ se señala que:

“[c]ada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos. La administración de justicia, en particular los organismos en cargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento así como un poder judicial

⁴⁴ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) de 30 de junio de 2009, Serie C N° 197. Igualmente, durante el 138 período de sesiones, la Comisión recibió información actualizada sobre la situación de la jueza María Lourdes Afiuni Mora, quien se encuentra privada de libertad y para quien el 11 de enero de 2010 se otorgaron medidas cautelares, tras recibir una solicitud en que se indicaba que la habían amenazado con quemarla viva en la cárcel. En su informe *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, la CIDH informó sobre la situación de la jueza Afiuni Mora, quien el 10 de diciembre de 2009 ordenó la liberación de una persona que había estado privada de libertad por más de dos años, plazo máximo de detención preventiva contemplado en la ley. El presidente Hugo Chávez dijo al día siguiente en cadena de radio y televisión que pedía 30 años de prisión para la magistrada, y un día más tarde la jueza fue imputada por graves delitos por el Ministerio Público. *Vid.* Comunicado de prensa, N° 36/10, CIDH expresa preocupación por uso del poder punitivo del estado para silenciar opositores en Venezuela.

⁴⁵ Cfr. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107, párr. 171, y *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, párr. 145.

⁴⁶ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominado “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54, 30 diciembre 2009, párrafo 1154.

⁴⁷ *Ibidem.*, párrafo 1154.

⁴⁸ A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, párr. 27.

y una abogacía independientes, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible. En este contexto, las instituciones que se ocupan de la administración de justicia deben estar adecuadamente financiadas, y la comunidad internacional debe prever un nivel más elevado de asistencia técnica y financiera. Incumbe a las Naciones Unidas establecer con carácter prioritario programas especiales de servicios de asesoramiento para lograr así una administración de justicia fuerte e independiente”.

Por su parte, la Corte IDH ha dicho con prístina e indefectible razón, que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces,⁴⁹ destacando que uno de los elementos esenciales para prevenir el abuso de poder por parte de otros órganos del Estado es el funcionamiento adecuado del poder judicial. De modo que un poder judicial independiente es indispensable como contralor de la constitucionalidad de los actos de otros poderes del Estado, así como también como órgano encargado de administrar justicia⁵⁰.

El ejercicio autónomo de la actividad jurisdiccional debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación⁵¹.

Ha reiterado la Corte IDH que el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática⁵², según la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura⁵³, las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento⁵⁴, la inamovilidad en el cargo⁵⁵ y la garantía contra presiones externas.⁵⁶

⁴⁹ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 73, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 55.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 73, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 55.

⁵¹ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, cit.*, párr. 55.

⁵² Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, cit.*, párr. 171.

⁵³ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

⁵⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 75; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, párr. 156, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 138. Corte Eu-

La CIDH ha identificado que existen normas que permiten un alto grado de subjetividad al juzgar la conducta de los jueces y que, en virtud de dichas normas, y a veces incluso sin fundamento legal alguno, órganos disciplinarios excepcionales que no ofrecen garantías de imparcialidad, como la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, han resuelto la revocación de la designación de cientos de jueces sin que medie un procedimiento adecuado. Todo lo anterior constituye una constante amenaza a la independencia del poder judicial venezolano, y en consecuencia ha debilitado uno de los pilares del Estado de Derecho. La Comisión advierte que el Estado de Derecho y la democracia en Venezuela no podrán consolidarse mientras no exista un poder judicial independiente y capaz de investigar debidamente las violaciones a los derechos humanos.

Por su parte, los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”⁵⁷. Asimismo, dichos principios establecen que la judicatura “tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley”⁵⁸ y que “[n]o se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial.”⁵⁹

En el más reciente Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominado “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54, de 30 diciembre 2009, se señala que “[l]a vigencia de los derechos y libertades en un sistema democrático requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes, en el que exista un control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público, vale decir, presupone el respeto del Estado de Derecho”⁶⁰

La CIDH ha identificado que existen normas que permiten un alto grado de subjetividad al juzgar la conducta de los jueces y que, en virtud de dichas normas, y a veces incluso sin

ropea de Derechos Humanos. *Case of Campbell and Fell v. the United Kingdom*, Judgment of 28 June 1984, Series A N° 80, párr. 78; *Case of Langborger v. Sweden*, Judgment of 22 January 1989, Series A N° 155, párr. 32. Principio 10 de los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura.

⁵⁵ *Cfr.* Corte IDH. Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 75; Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, párr. 156, y Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 138. Principio 12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura.

⁵⁶ *Cfr.* Corte IDH. Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 75, y Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, NOTA, párr. 156. Corte Europea de Derechos Humanos. *Case of Campbell and Fell v. the United Kingdom*, Judgment of 28 June 1984, Series A N° 80, párr. 78; *Case of Langborger v. Sweden*, Judgment of 22 January 1989, Series A N° 155, párr. 32. Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura.

⁵⁷ *Cfr.* Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

⁵⁸ *Cfr.* Principio 3 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

⁵⁹ *Cfr.* Principio 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

⁶⁰ Esta situación se había advertido con anterioridad. CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*. 24 de octubre de 2003, párr. 150.

fundamento legal alguno, órganos disciplinarios excepcionales que no ofrecen garantías de imparcialidad, como la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, han resuelto la revocación de la designación de cientos de jueces sin que medie un procedimiento adecuado. Todo lo anterior constituye una constante amenaza a la independencia del poder judicial venezolano, y en consecuencia ha debilitado uno de los pilares del Estado de Derecho. La Comisión advierte que el Estado de Derecho y la democracia en Venezuela no podrán consolidarse mientras no exista un poder judicial independiente y capaz de investigar debidamente las violaciones a los derechos humanos⁶¹.

La propia CIDH ha establecido que, entre las garantías necesarias para asegurar el cumplimiento adecuado e independiente de las funciones judiciales se encuentran los mecanismos de designación de los jueces, la estabilidad en su cargo y la capacitación profesional adecuada. Asimismo, se requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, esto es, que estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen. Reconoce igualmente que en los últimos años ha prestado especial atención a la situación de la administración de justicia en Venezuela, particularmente a través del Informe de seguimiento de su Informe sobre Venezuela del año 2003, de los informes incluidos en el capítulo IV de su Informe Anual, de las audiencias celebradas durante los períodos de sesiones y de los casos elevados ante la Corte IDH.⁶²

La CIDH ha manifestado su preocupación por aspectos que afectan la independencia e imparcialidad del poder judicial, en particular por los altos porcentajes de jueces y fiscales en situación de provisionalidad y el incumplimiento de algunos de los procedimientos legales y constitucionales en el proceso para su designación y destitución. La Comisión también ha recibido información sobre presuntas injerencias del poder ejecutivo en las decisiones judiciales.

Como señala MONTERO AROCA, significando en primer término que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que es la función judicial, sólo puede cumplirse efectivamente si el juez es independiente, de modo que la apreciación conjunta de la independencia y la imparcialidad que hace por su parte el TEDH descansa en un grave error conceptual, al tratarse de notas relativas a las personas que integran los órganos judiciales de naturaleza y fines distintos. La independencia no se refiere propiamente a cada juez en relación con un caso concreto, sino en considerar objetivamente si en el estatuto jurídico de los jueces de un Estado se establecen garantías suficientes que permitan a estos jueces colocarse en una posición de resistir las presiones externas o exteriores, no es algo que exista o deje de existir en relación con un caso en particular, tiene más bien un carácter absoluto, y significan en términos generales que los jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional quedan sometidos única y exclusivamente a la ley.⁶³

⁶¹ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominado “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54, 30 diciembre 2009, párrafo 1153.

⁶² *Ibidem.*, párrafo 184.

⁶³ MONTERO AROCA, Juan. “La imparcialidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, p.p.791-792.

Por su parte la imparcialidad al no ser una característica absoluta de los jueces, como sí lo es la independencia, ha de referirse a cada juez y en cada proceso que se somete a su decisión.⁶⁴

El principio de independencia judicial garantiza a su vez la imparcialidad como “(...) cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización (...)”⁶⁵ La imparcialidad por su parte, es un principio nuclear tanto en la impartición de justicia, como en proceso judicial, tan fundamental es que sin su presencia, mal puede hablarse de proceso judicial. Tanto la imparcialidad como la independencia apuntan como idea fundamental vinculada al concepto de justicia, a la imparcialidad y la equidad, y por lo tanto exige la eliminación de distinciones arbitrarias, procurando la igualdad.

La independencia constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, como señala la propia Corte IDH, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte IDH ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción.⁶⁶

La independencia es sin dudas el principio, la característica y el elemento más importante de la administración de justicia. De modo que no se concibe la función jurisdiccional sin la eliminación de preferencias y tratos arbitrarios, por cuanto la justicia, en palabras de GOLDSCHMIDT, *se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa.*⁶⁷

Por su parte, la imparcialidad se articula como una garantía consustancial al concepto de jurisdicción y de justicia, un prerequisite para la sana administración de justicia que, junto a la independencia, y la autonomía funcional y financiera constituyen los tres elementos del trípode fundamental de la justicia, que se complementan y vinculan, formando el presupuesto jurídico para buena marcha del Poder Judicial en un Estado constitucional, en el que el juez actúa sin injerencias extrañas, sin estar subordinado o dependiente de otros poderes del Estado, de influencias económicas o políticas, de corporaciones o de individualidades influyentes, en fin, de factores externos o exteriores.

La Corte IDH ha dicho que el juzgamiento de civiles por tribunales militares “sin rostro” viola el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal natural, competente, independiente e imparcial. Al no conocerse la identidad del juez “se compromete la posibilidad de determinar su independencia e imparcialidad, lo cual fue reforzado por lo previsto en el artículo 13 letra

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*, Editorial EJEA, Buenos Aires, (Trad. Héctor Fix Zamudio). 1960, p. 60. Ver también CAPELLETTI, M. “Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation”. En: *Fundamental Guarantees*, con D. Tallon, Milano, 1972, p.664.

⁶⁶ *Cfr.* El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N° 8, párr. 30, y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 20.

⁶⁷ GOLDSCHMIDT, W. “La imparcialidad como principio básico del proceso”. En: *Revista de Derecho Procesal*, I, 1950, pp. 430 y ss.

(h) del [D]ecreto [Ley N°] 25475 que except[uaba] la recusación de los funcionarios que act[uaran] en [estos] procedimientos”.⁶⁸

Ha constatado igualmente que “de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.”⁶⁹

El Caso: *Tribunal Constitucional vs. Perú* es paradigmático en esta materia, incluso muy similar al Caso: *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, Sentencia del 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

La Corte IDH señaló en el caso peruano que la independencia de los jueces debe analizarse en relación con la posibilidad del Tribunal Constitucional de dictar decisiones contrarias a los poderes Ejecutivo y Legislativo, como también al carácter que debe tener el Congreso al actuar como juez en el procedimiento de destitución de magistrados. Cualquier acto estatal que afecte esa independencia y autonomía resulta contrario al artículo 8 de la Convención; que prevé la inamovilidad de los jueces, y en caso de que un juez tenga que ser removido, sólo es procedente luego de un procedimiento establecido en la Constitución, pues ello, además de evitar la arbitrariedad, garantiza la independencia de los jueces ante los demás poderes del Estado y ante los cambios político electorales. En el caso en estudio se dio “[u]na confabulación de los tres poderes públicos”, pues la iniciativa de adopción de la Ley No. 26.657, que plasmaba la posibilidad del Poder Ejecutivo de permanecer en el poder a través de la figura de la reelección, fue luego avalada por el Poder Legislativo al adoptar, mediante una mayoría oficialista, tanto dicha ley como la decisión de destitución de los magistrados. Finalmente, el Poder Judicial convalidó las decisiones anteriores al rechazar los amparos que fueron presentados. Asimismo, estimó que el fracaso de los recursos interpuestos contra la decisión del Congreso que destituyó a los magistrados del Tribunal Constitucional se debe a apreciaciones no estrictamente jurídicas. Está probado que quienes integraron el Tribunal Constitucional y conocieron el amparo de los magistrados destituidos, fueron las mismas personas que participaron o se vieron involucradas en el procedimiento de acusación constitucional en el Congreso. Señaló la Corte IDH que de conformidad con los criterios y exigencias esgrimidas por este Tribunal sobre la imparcialidad del juez, puede afirmarse que en la decisión de los amparos en el caso en análisis no se reunieron las exigencias de imparcialidad por parte del Tribunal que conoció los citados amparos. Por lo tanto, los recursos intentados

⁶⁸ Corte IDH. Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 119

⁶⁹ Cfr. Corte IDH. Caso: *Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párr. 114; y Corte IDH. Caso: *Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52, párr. 130. Caso *Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párr. 63.t); Caso *Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52, párr. 86.1; Caso *Castillo Páez*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C N° 34, párr. 42; Caso *Loyza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C N° 33, párr. 46.1); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 101/01, Casos N° 10.247 y otros, párrs. 160 a 171; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, 1993, Documento OEA/Ser.L/V/II.83. Doc.31, 12 de marzo de 1993, párr. 16.

por las supuestas víctimas no eran capaces de producir el resultado para el que habían sido concebidos y estaban condenados al fracaso, como en la práctica sucedió.⁷⁰

La Corte IDH ha señalado asimismo que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.⁷¹

No cabe duda que cuando la fuerza normativa de la Constitución no representa un límite a la política y son insuficientes los controles de los poderes constituidos, cuando no funcionan en la práctica los pesos y contrapesos democráticos (*checks and balances*) por la falta de independencia y autonomía de los Poderes Públicos y la rigidez constitución expresada en el control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos de poder público y en la supremacía e indisponibilidad de los derechos fundamentales, se ve circunscrita por la política, entonces, muy a pesar de los criterios irracionales, políticamente comprometidos e inconstitucionales de la Sala Constitucional del TSJ, es cuando hace entrada el DIDH.

Es cuando basta recordar, parafraseando a ZAGREBELSKY, que los jueces también son y serán juzgados, y no les está dado actuar como apéndices de los otros poderes o de los partidos políticos, como transmisores de sus caprichos, cuando los objetivos, como es el caso de la desaplicación del DIDH en Venezuela, al declara la inejecución de las decisiones de la Corte IDH e ignorar las recomendaciones de la CIDH, no pueden perseguirse legítimamente ni siquiera modificando la propia Constitución, porque constituyen una clara violación a los principios esenciales del Estado de derecho, a los principios democráticos y al principio de protección preferente de los derechos humanos.

De modo que en este escenario de interpretación política, descontextualizada e irracional de la Constitución y del andamiaje jurídico del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la justicia constitucional venezolana, concretamente la *jurisdicción constitucional* personificada en la Sala Constitucional del TSJ, aunque sobreviviere se transformaría en una farsa constitucional, en un encubrimiento de la voluntad del más fuerte.⁷²

⁷⁰ Corte IDH. Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71.

⁷¹ *Cfr.* Corte IDH. Caso *Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124.

⁷² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción Manuel Martínez Neira, Minima Trotta, Trotta, Madrid, 2008, p.106.

III. UN CASO SIMILAR: IVCHER BRONSTEIN VS. PERÚ

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú)*, en sentencia de 6 de febrero de 2001 se pronunció sobre una situación que pone en evidencia cómo los tribunales internos, de un poder judicial cooptado por los intereses del gobierno, concretamente del poder Ejecutivo, opera más bien como instrumento eficaz de vulneración o limitación de las libertades informativas, coartando la libertad de expresión, coadyuvando en una especie de censura directa o indirecta, silenciando las críticas racionales y las opiniones discrepantes, lo que ocurre justamente cuando un medio, comunicador o periodista no es obsecuente con el poder al denunciar las graves violaciones a derechos humanos, los asuntos de corrupción o el manejo tendencioso, sectorial y corporativo del poder público. Es el caso que, el Estado peruano privó arbitrariamente del título de nacionalidad al señor Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, accionista mayoritario, Director y Presidente del Directorio del Canal 2 'Frecuencia Latina' de la televisión peruana, con el objeto de desplazarlo del control editorial de dicho Canal y de coartar su libertad de expresión, la cual se manifestaba a través de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción. El señor Ivcher Bronstein interpuso una serie de recursos ante los tribunales internos con el fin, principalmente, de defender los derechos que le correspondían como ciudadano peruano y como accionista de la Compañía.

Los tribunales internos que resolvieron los recursos judiciales presentados por el Ivcher Bronstein no fueron efectivos, al no satisfacer los requisitos mínimos de independencia e imparcialidad establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal, lo que hubiera permitido la obtención de una decisión ajustada a Derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que las circunstancias generales de este caso indican que los recursos judiciales interpuestos por el señor Ivcher para defender sus derechos accionarios no fueron sencillos y rápidos y que, por el contrario, las denuncias civiles y penales de que fueron objeto tanto el señor Ivcher como su familia, funcionarios de sus empresas y abogados, como consecuencia de las cuales se restringió la libertad de algunos y se desalentó la permanencia en el país de otros, reflejan un cuadro de persecución y denegación de justicia, con lo cual el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein. Recordó igualmente el Tribunal hemisférico que el artículo 13 de la Convención Americana dispone, en sus numerales 1, 2 y 3, que: **1.** Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. **2.** El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. **3.** No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Como corolario de lo anterior, la Corte precisó el contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en el sentido de que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

le. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. (Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultativa OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 30; y Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros), *supra* nota 6, párr. 64.)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que estas dos dimensiones (dimensión individual y dimensión social) deben garantizarse en forma simultánea. Al efecto señaló:

*“147. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente (Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), *supra* nota 6, párr. 65.)*

*148. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia (Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), *supra* nota 6, párr. 67.)*

149. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. La importancia de este derecho destaca aún más al analizar el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.”

La Corte IDH recordó el carácter fundamental de que los periodistas que laboran en dichos medios gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad.

Así lo ha entendido este Tribunal al señalar que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto.

La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse (Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 69.)

La Corte Interamericana recomienda que al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron (*Cfr. La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)).

Tomando esto en consideración, la Corte analiza si en el contexto del caso hubo una violación al derecho a la libertad de expresión del señor Ivcher Bronstein, señalando:

“156. En el caso que nos ocupa, se ha establecido que en el año 1997 el señor Ivcher era el accionista mayoritario de la Compañía, empresa operadora del Canal 2 de la televisión peruana; [...] En abril de 1997, el Canal 2 difundió, en su programa Contrapunto, reportajes de interés nacional, como las denuncias sobre las posibles torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército [...] y los supuestos ingresos millonarios percibidos por el señor Vladimiro Montesinos Torres, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú.

157. [...] Tanto el señor Ivcher como los periodistas que laboraban en el programa Contrapunto tenían el derecho pleno de investigar y difundir, por esa vía, hechos de interés público como los denunciados entre los meses de abril y julio de 1997, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión protegido por el artículo 13 de la Convención.

158. De igual manera se ha demostrado que, como consecuencia de la línea editorial asumida por el Canal 2, el señor Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias de diverso tipo. [...]

163. Al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática”.

En una suerte de diálogo inter-sistemático la Corte Interamericana señala que la Corte Europea de Derechos Humanos también ha reconocido que la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población⁷³. Las libertades informativas no sólo implica que compete a los medios de comunicación la tarea de transmitir información e ideas relativas a asuntos de interés público, sino también que el público tiene el derecho a recibirlas⁷⁴.

En efecto, la Corte Europea ha puesto énfasis en que el artículo 10.2 de la Convención Europea, referente a la libertad de expresión, deja un margen muy reducido a cualquier res-

⁷³ *Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo”* (Olmedo Bustos y otros), párr. 69; *Eur. Court H.R., Handyside case, judgment of 7 December 1976, Series A N° 24*, párr. 49; *Eur. Court H.R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A N° 30*, párrs. 59 y 65; *Eur. Court H.R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A N° 90*, párr. 55; *Eur. Court H.R., Lingens judgment of 8 July 1986, Series A N° 103*, párr. 41; *Eur. Court H.R. Müller and Others judgment of 24 May 1988, Series A N° 133*, párr. 33; y *Eur. Court HR, Otto-Preminger-Institut v. Austria judgment of 20 September 1994, Series A N° 295-A*, párr. 49.

⁷⁴ *Cfr. Eur. Court H.R., The Sunday Times case*, párr. 65.

tricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público⁷⁵. Según dicho Tribunal:

“[...] los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública⁷⁶. (traducción de la Corte IDH)”

IV. ¿JUECES O LEGISLADORES? Y EL TRANSPERSONALISMO TOTALITARIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Los Magistrados de la Sala Constitucional con la Sentencia N° 834 de 18 de junio de 2009, antes que jueces lucen como legisladores, o en el peor de los casos constituyentes, usurpando funciones propias del legislador, cuando pretenden introducir como regla general la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cosa que debe preverse en el Código Penal. Lo contrario es deslegalizar, descodificar e incluso ‘desconstitucionalizar’ reglas imprescindibles para la democracia y el Estado de Derecho, toda vez que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes (Art. 49. 6 de la Constitución)

Los jueces (comenzando por la Sala Constitucional del TSJ) tiene el deber de asegurar y consolidar la “sociedad democrática”⁷⁷ como modo de preservar “...las justas exigencias de la democracia”⁷⁸, antes que prestarse a imponer una razón de Estado (enmascarada en formas de seguridad del Estado o de la Nación, orden público, paz social, inviolabilidad de la nación, soberanía, no injerencia externa, gobernabilidad, autodeterminación de los pueblos, etc.), que sólo obedece a la experimentación e improvisación, le sigue los pasos al ensayo y error de los gobiernos de turno y de la imposición del autoritarismo, del signo que sea

No puede olvidarse que los límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares y sólo resultan legítimas las restricciones cuando aparece un conflicto evidente entre derechos y, en ese caso, el interés común [la soberanía, la autodeterminación nacional, como expresiones del interés general] no puede servir para apoyar la preeminencia de uno u otro. Las cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular. De modo más gráfico, puede decirse, como lo hace BARRANCO, que cuando se reconoce un derecho, lo que se está haciendo es otorgar primacía al interés privado sobre el interés común en el ámbito en el que el derecho abarca.⁷⁹

En efecto, se le escapa a la Sala Constitucional del TSJ venezolano que el eje de legitimidad del ejercicio de los poderes públicos reside hoy, como afirman ATIENZA y RUIZ MANERO, “en que éstos sean capaces de perseguir y de lograr objetivos sociales sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos, dado que el logro de este difícil equilibrio- que

⁷⁵ Cfr. Eur. Court H.R., case of Sürek and Özdemir v. Turkey, supra nota 102, párr. 60.

⁷⁶ Cfr. Eur. Court H.R., Case of Sürek and Özdemir v. Turkey, supra nota 102, párr. 60.

⁷⁷ Caso *Lingens c. Austria*, sentencia del TEDH de 8 de julio de 1986, serie A, N° 103, párrafo 42.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. OEA. OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985, serie A, párrafo 44.

⁷⁹ BARRANCO, María del Carmen. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho, Boletín Oficial del Estado*, Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, p. 213.

viene a ser el principio regulativo del jurista contemporáneo- dependerá, en buena medida, de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuadas de los principios jurídicos”.⁸⁰

En otra Sentencia de la Sala Constitucional, los Magistrados señalan que “...el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*)”, y más adelante indican que “...la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.⁸¹

Se le escapa igualmente a la Sala Constitucional que la Constitución del Estado constitucional, la Constitución del constitucionalismo no puede establecer una especie de ‘proto-constitución’ cuya prioridad, preeminencia o superioridad,⁸² esté “puesta al servicio de una política que subyace tras el proyecto axiológico del texto constitucional”, y no se corresponda con la prioridad de los derechos fundamentales, con la condición de posiciones preferentes que éstos asumen en todo ordenamiento democrático.

Los derechos tutelados por el Derecho internacional de los derechos humanos sí que tienen validez universal y, en ese sentido, son principios absolutos pero jamás supra-históricos, sólo recuérdese las cruentas, trágicas y muy heterogéneas circunstancias que han movilizad o inducido a la recepción de los derechos humanos en todo el mundo: dos guerras mundiales, ingentes guerras civiles, crímenes de guerra, tiranías, dictaduras y totalitarismos de todo signo, violaciones graves a los derechos humanos: discriminación y exclusión política, racial, religiosa, social, de género, económica, persecuciones, desplazamientos, desapariciones forzadas, torturas, genocidios, crímenes de lesa humanidad... y un largo etcétera.

Se debe precisar igualmente que confunde la Sala Constitucional del TSJ venezolano, el “racionalismo individualista” con el “personalismo humanista”⁸³ en el que, por el contrario,

⁸⁰ ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel, Ariel Derecho, 3ª edición, Barcelona, 2005, p.50.

⁸¹ Sentencia de la SC/TSJ N° 1309, de 19 de julio de 2001, Exp. 01-1362 Caso: *Hermann Escarrá*, Ponente: José M. Delgado Ocando.

⁸² Vid. DRAE, 22ª edición.

⁸³ BUSTAMANTE ALARCÓN siguiendo Emmanuel MOUNIER (“Manifiesto al servicio del personalismo” (1936). En: Emmanuel Mounier, Obras. Traducción de Enrique Molina, Editorial Laia, Barcelona, 1974, Tomo I, 1931-1939, p.555) señala que “[e]l personalismo es una corriente humanista que ve al ser humano como persona, y a cada persona como poseedora de una eminente dignidad. Agrupa a toda postura que resalte su valor, que lo considere como un ser valioso, único, un fin en sí mismo. Es una actitud ante la vida, una concepción del mundo y del ser humano que en palabras de uno de sus exponentes, reúne “a toda doctrina, a toda civilización que afirma el primado de la persona sobre los mecanismos colectivos que sostienen su desarrollo. Una civilización que sin caer en el individualismo tiene como meta última “el poner a cada persona en estado de poder vivir como persona, es decir, de poder acceder al máximo de iniciativa, de responsabilidad, de vida espiritual”. Vid. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Entre la moral, la política y el derecho. El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba”. Director: Rafael de Asis

subyace la idea de los derechos humanos, donde la opción en defensa y promoción de la persona, postula que ésta nunca puede ser cosificada o instrumentalizada, utilizada como objeto, ni como simple medio y considera que las instituciones sociales, políticas y jurídicas (la familia, el Estado, el Derecho, etc.), en general toda obra u organización humana (el arte, la ciencia, los diferentes colectivos, etc.), y por extensión el resto de la naturaleza, son medios para su desarrollo.⁸⁴

Desde el punto de vista personalista es evidente que la persona es anterior y trasciende al Estado, pero eso tenemos que convertirlo en vigente, en regla de Derecho.⁸⁵ De allí que para PECES-BARBA "...la fundamentación personalista y humanista de la doctrina de los derechos humanos, [r]epresenta el intento de cristalización jurídica de la afirmación de que el hombre trasciende al Estado, que no se agota en él ni en la sociedad, aunque necesite de ambos para su desarrollo, [i]mpide el totalitarismo, la disolución del individuo en la colectividad. El que una sociedad sea personalista supone que el hombre tiene autonomía y un destino que supera y no se agota en el de la sociedad.

Toda persona, por muy indigente que sea, lleva en sí misma unas raíces de independencia, base de un desarrollo integral, que no se puede encontrar en ninguna sociedad. Ser personalista supone en definitiva ser antiautoritario, y ésta es la primera condición, la primera garantía del ejercicio de los derechos fundamentales."⁸⁶

Por el contrario, para la Sala Constitucional del TSJ venezolano "...[l]a nueva teoría es *combate por la supremacía del orden social valorativo*", que según ellos entienden "...sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"⁸⁷.

Más allá de lo que se quiera decir con este enunciado y con la carga institucional implícita en este tipo de sentencias de máxima instancia, cuando se afirma la existencia de una "*nueva teoría*" en la que prima el "*combate por la supremacía del orden social valorativo*", sí que se está optando y amparándose en la elección de una interpretación ideológica conocida como *transpersonalismo*: "que agrupa a toda tendencia que considera a la persona como simple integrante de una masa, un producto efímero de escasa o nula importancia, una cosa, un medio, y como tal susceptible de ser instrumentalizado al servicio de realizaciones que estima superiores: el Estado, la comunidad, la ciencia, etc. (se incluyen aquí los diversos utilitarismos: el estatal-colectivo que subordina al individuo, el de la felicidad de la mayoría a costa de la minoría, y el individual-egoísta que busca la mayor felicidad propia aunque con eso se afecte u olvide el bienestar de los demás)."⁸⁸

En fin, "ni individualismo egoísta, ni transpersonalismo totalitario", señala PECES-BARBA⁸⁹ de modo que "...el bien común sería un límite extrínseco al ejercicio de los dere-

Roig. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Getafe, 2008, p.p.160-161.

⁸⁴ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Entre la moral...*ob. cit.*, 2008, p.161.

⁸⁵ PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales I. Teoría general*. (Biblioteca universitaria Guadiana), Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, pp. 134 y ss.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Sentencia de la SC/TSJ N°1309, de 19 de julio de 2001, Exp. 01-1362 Caso: *Hermann Escarrá*, Ponente: José M. Delgado Ocando.

⁸⁸ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *ob. cit.*, 2008, p.161.

⁸⁹ *Ibidem.*, p. 172

chos fundamentales, pero enmarcado siempre dentro de los márgenes del equilibrio personalista, siendo lo más importante de este límite su correcta caracterización para no caer en un individualismo egoísta –restricción al límite hasta hacerlo prácticamente inexistente- o en un transpersonalismo totalitario –extensión y consiguiente absorción de la persona por una comunidad con fines en sí que agoten e integren a los fines del hombre”.⁹⁰

En la Sentencia SC/TSJ Nº 834 de 18 de junio de 2009, la Sala Constitucional al subrogarse ilegítimamente en la posición del legislador lo hace con una postura transpersonalista, instrumentalizando los principios garantistas de la dogmática penal –cuya función es la tutela concreta de derechos fundamentales y de la libertad personal- que deben ceder ante supuestos problemas sociales.

Más que resolver el fondo del asunto, la Sala Constitucional se muestra preocupada por introducir deliberadamente una serie de consideraciones que facilitarían futuras actuaciones, abonando el terreno para sancionar penalmente a personas jurídicas, haciendo trascender la sanción penal objetiva, que en ciertos supuestos podría recaer sobre los directivos y accionistas de una persona jurídica, sobre la persona colectiva (que es una ficción no volitiva, ni consciente).

Establecen en la Sentencia que:

“...la discusión dogmática cede ante los problemas sociales, siendo el resultado de un cambio de paradigma que permite reorientar el concepto de imputación en la teoría del delito fracturando las estructuras ontológicas del Derecho Penal para concluir que las personas jurídicas ostentan la capacidad de culpabilidad penal –imputabilidad [...], siendo que la tutela penal abarca a todas las personas, ya sean estas naturales o jurídicas; aceptar lo contrario y aferrarse al principio tradicional societas delinquere non potest [las empresas o sociedades no pueden delinquir] implicaría -frente a novedosas formas de criminalidad- dotar de impunidad a los entes colectivos y convertirlos así en gérmenes para la sociedad. [...] pues la sanción está destinada al prestador del servicio de telecomunicaciones una vez que se ha comprobado la infracción administrativa o penal según sea el caso”.

Parece ser que a los Magistrados de la Sala Constitucional les disgusta la discusión dogmática que pueda poner en entredicho el proyecto político con el que se identifican, por eso pretenden hacerla ceder ante problemas sociales, como las supuestas “novedosas formas de criminalidad” en que incurrirían los prestadores del servicio de telecomunicaciones, sin importar que con ello se expongan principios fundamentales para el “ethos democrático”⁹¹ y el valor axiológico de los derechos y la dignidad humanos, se sacrifique el modelo de Estado de derecho y de democracia, vitales para la ordenación y control del poder político, incluso fundamentales para la paz social y la supervivencia de la propia humanidad.

⁹⁰ PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales I. Teoría general*. (Biblioteca universitaria Guadiana), Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, p.p. 148-149.

⁹¹ “Las sociedades democráticas avanzadas han de encontrar su hábitat propio en la cultura de los derechos fundamentales. Esta cultura recoge la herencia ética del universalismo de los derechos humanos positivizados en los textos constitucionales (...) “La cultura de los derechos fundamentales se asienta en la idea de un humanismo cosmopolita que propugna los valores y derechos de la persona como garantías universales” SALGUERO, Manuel. “La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia”, en: *Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”*, Nº 7, Año IV, enero, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 446-447.

Lo que sí es cierto es que la historia del derecho, inclusive en la época más reciente, ha evidenciado épocas de desbordamiento en que regímenes teóricamente democráticos han mostrado un desempeño funesto para los derechos humanos, y en ello los jueces han tenido gran responsabilidad pretendiendo transformar la justicia y la verdad en escepticismo, resentimiento y, luego en violencia, utilizando la sensible función de administrar justicia para imponer una verdad oficial o corporativa, convirtiéndose en comisarios políticos, en bárbaros ejecutores de intereses ajenos al Derecho, en fin, utilizando la coacción institucional como fuerza bruta e ilegítima, tal vez más desgarradora y despiadada que la violencia en sí misma.

Tan graves son estas manifestaciones del servilismo político de la Sala Constitucional del TSJ, como la utilización de las "...ondas de radio en los casos de los *"medios de comunicación del odio"*, en Ruanda, que ya cuenta con sentencia condenatoria por parte del Tribunal Penal Internacional" (como paradójicamente advierten en la Sentencia N° 834 que comentamos). Seguramente en Ruanda no hubo un Poder Judicial fuerte y autónomo, como no lo hay en Venezuela, para ponerle coto al uso abusivo y partidario de los medios de comunicación del Estado, a las constantes e interminables cadenas oficiales de transmisión obligatoria en radio y televisión; a la persecución penal y fiscal de los medios de comunicación y sus periodistas independientes, no partidarios o de línea editorial distinta de la oficial; al ambiente de intimidación contra los medios de comunicación independientes; a la violencia contra periodistas, camarógrafos y demás comunicadores, ejecutada por grupos parapoliciales que actúan con la aquiescencia del Estado.

V. EL ARTÍCULO 171.6 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y SU INTERPRETACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONTRARIAN LAS NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El artículo 171. 6. de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones contempla: Sin perjuicio de las multas que corresponda aplicar de conformidad con lo previsto en esta Ley, será sancionado con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, según el caso: "(...) El que utilice o permita el uso de los servicios de telecomunicaciones para los cuales está habilitado, como medios para coadyuvar en la comisión de delitos."

Este artículo no está en consonancia con los estándares sobre libertad de expresión establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y en la jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo no trata de evaluar la responsabilidad ulterior⁹² de quienes difunden opiniones o ideas sobre asuntos de interés general o de crítica política, sino prevé una censura previa o autocensura, como consecuencia de la amenaza real de ser sancionado con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, ante procesos penales seguidos por utilizar o

⁹² "Una de las características principales de la protección de la libertad de expresión en el hemisferio consiste en que esta libertad no admite censura previa. El artículo 13, párrafo segundo, de la Convención Americana prevé que la libertad de expresión no puede restringirse *a priori* por ningún medio ni bajo ninguna excusa, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores. Vid. GROSSMAN, Claudio. "La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos". En: *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 46, San José, C. R., julio-diciembre, 2007, p.176

permitir el uso de los servicios de telecomunicaciones para los cuales se está habilitado, como medios para coadyuvar en la comisión de delitos.

Tal amenaza de revocatoria de la habilitación genera un efecto silenciador que afecta el debate democrático, robusto, plural y libre, inhibiendo las expresiones críticas, incluso la mera información de hechos circunstanciales que puedan ser percibidos como adversos al desempeño del gobierno. Otros canales de televisión venezolanos que transmiten en señal abierta a nivel nacional, como 'Venevisión' o 'Televén', han dejado de informar noticias y de transmitir imágenes aparentemente adversas al gobierno o han moderado o cambiado su línea editorial, que antes era crítica y exigente con el poder, como consecuencia de la amenaza latente de ser sancionado con la revocatoria de la habilitación administrativa.

Estamos en presencia del uso de procesos penales para inhibir el libre debate democrático sobre todos los asuntos, que no sólo tiene un efecto nefasto sobre el debate democrático, sino sobre las libertades inherentes a la dignidad humana, al pluralismo cultural e ideológico y al respeto a las minorías y a la disidencia política.

Los estándares sobre libertad de expresión recomiendan eliminar cualquier norma que habilite la censura previa por parte de cualquier órgano estatal, y también cualquier calificativo que pueda implicar censura a la libertad de expresión, tales como las exigencias previas de veracidad, oportunidad e imparcialidad en la información.

Según los estándares sobre libertad de expresión, los órganos del Estado deben abstenerse de utilizar el poder público para castigar o premiar a medios y comunicadores en relación con su línea editorial o la cobertura de cierta información, ya sea a través de la asignación discriminatoria y arbitraria de la publicidad oficial, procesos administrativos, presiones u otros medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

También se insta desde los estándares internacionales sobre libertad de expresión, a procurar el debate democrático a través de declaraciones, prácticas y políticas públicas que promuevan la tolerancia y el respeto a los periodistas y comunicadores, cualquiera sea su pensamiento o ideas. En este sentido, abstenerse de hacer declaraciones públicas que puedan incentivar la violencia contra comunicadores o medios de comunicación.

Quizás más importante aún, y a los efectos prácticos ante la desviación y abuso de poder manifiesto por parte del Gobierno para cerrar Globovisión, es que los estándares internacionales constriñen a los Estados a establecer regulaciones claras que garanticen el ejercicio legítimo de la protesta social y que impidan la aplicación de restricciones desproporcionadas que puedan ser utilizadas para inhibir o reprimir expresiones críticas o disidentes.

No puede criminalizarse las expresiones críticas o disidentes contra el gobierno nacional, por parte de sectores que discrepan de su política, incluso si tales opiniones corresponden a invitados a programas de opinión en los medios de comunicación, y convertir en delito cualquier comunicado, información u opinión, como causa eficiente para luego sancionar con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión.

Este proceder violenta normas y estándares nacionales e internacionales sobre libertad de expresión, promueve la censura previa y abona e induce a la autocensura; vulnera normas constitucionales e internacionales al tratar de hacer trascender la responsabilidad penal individual por actos u omisiones propios de personas naturales a las personas jurídicas que goza de la concesión, por cuanto la libertad personal es inviolable, en consecuencia:[...]La pena no puede trascender de la persona condenada. (Artículo 44. 3. Constitución venezolana).

VI. EL DESGOBIERNO DE LOS JUECES

Los jueces de la Sala Constitucional venezolana indican en el fallo, al referirse al **artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones**, que se *“trata de una medida de gobernabilidad que se toma en atención a la evidente facilidad para la articulación de agentes desestabilizadores que puede generar la divulgación de un comunicado en contra de los intereses de la Nación, el orden público o la seguridad, mermando la capacidad de respuesta de los órganos estatales en ese sentido”*.

Sin dudas esta posición trasluce una visión del Derecho y en concreto el derecho penal, como derecho penal del enemigo, como derecho penal de la disidencia, en el que se atiende más al sujeto y no al acto antijurídico. El sujeto, el agente desestabilizador, que se insinúa tiene facilidades para divulgar sus contenidos en los medios de comunicación privados, los cuales, ergo, serían también agentes desestabilizadores.

No es la primera vez que este Tribunal Supremo de Justicia, utilizando la fórmula *pseudo-legitimadora* del "gobierno los jueces", ha dado la espalda a los derechos humanos, pretendiendo imponer un 'proyecto político' que viene acompañado de la exclusión, el miedo y la desesperanza, cuando les tocaba corroborar y promover la existencia de un Estado democrático de Derecho y de justicia.

El artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la interpretación que de él hace la Sala Constitucional del TSJ, lo que prevé es una fórmula de imposición de la típica razón de estado, que coadyuva con un poder salvaje e ilimitado, una estrategia de fuerza y de sumisión refrendada por el Tribunal Supremo de Justicia que avala que: *“hasta tanto se dicte la ley correspondiente, el Ejecutivo Nacional podrá, cuando lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la seguridad, suspender la transmisión de comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, todo ello de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”*.

VII. EL ARTÍCULO 209 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONSTITUYEN UNA SANCIÓN IMPROPIA

En efecto, estamos en presencia de una sanción impropia o atípica, aquellas que, aunque no tienen un origen y finalidad sancionadora, es decir, aunque no han sido concebidas como las consecuencias jurídicas de un ilícito, generan resultados intimidatorios, al contener un carácter gravoso que tiene como resultado una desventaja para el sujeto afectado, como es precisamente *“suspender la transmisión de comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones”*.

El artículo 209 de la Ley contiene una sanción velada o camuflada, que más allá de que se les denomine como sanciones anómalas, impropias, indirectas o atípicas, generan otros efectos jurídicos directa o indirectamente relacionados, como es el caso de la autocensura de los informantes para evitar sanciones, y el consecuente perjuicio de todos los ciudadanos que

no podrán beneficiarse del intercambio de ideas, situación que en algunos casos comenzaba a constatarse desde el año 2003 en el país, debiendo los periodistas cambiar sus tareas específicas.⁹³

VIII. EL ARTÍCULO 209 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES Y LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ CONSTITUYE UN RÉGIMEN DE CENSURA PREVIA

El artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.-y la interpretación que de él hace la Sala Constitucional del TSJ, contiene un régimen de censura previa en manos del Ejecutivo Nacional, quien puede decidir:

1. Qué información (comunicado) no será publicada o transmitida por los medios de comunicación. Estimando, cualitativa y cuantitativamente qué se publica o no en uno o varios medios.

2. Si la información es antijurídica o no (objeto de sanción o de pena); cosa que está reservada constitucional y legalmente a los jueces, que en el ámbito de sus competencias están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución; son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones (Arts. 255 y 334 de la Constitución); por cuanto corresponde a los tribunales juzgar y ejecutar, o hacer ejecutar lo juzgado (Art. 2 del Código Orgánico Procesal Penal).

3. Si la divulgación de la información pueda llegar a afectar “los intereses de la Nación, el orden público o la seguridad y defensa del país” (*sic*), cuando la verdad es que como lo ha admitido el propio Tribunal Supremo se trataría de “una medida anticipativa a los posibles efectos negativos que pudiera causar la masificación del contenido [de un] comunicado”. Luce más como la posibilidad de confrontar y controlar *a priori* aquello que le es hostil, desagradable o incómodo al Poder Ejecutivo del gobierno de turno, que impide publicar o transmitir el comunicado si discrepa con la línea comunicacional oficial.

Con razón en la Declaración de Chapultepec (Adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México, D.F. el 11 de marzo de 1994) se rechazó con vehemencia a quienes postulan que libertad y progreso, libertad y orden, libertad y estabilidad, libertad y justicia, libertad y gobernabilidad, son valores contrapuestos.

Libertad y orden no son valores contrapuestos y sólo es posible mantener una sociedad libre, si se garantiza a los ciudadanos y grupos su derecho a recibir información imparcial y oportuna, la libre expresión y circulación de ideas, la búsqueda y difusión de informaciones, la posibilidad de indagar y cuestionar, de exponer y reaccionar, de coincidir y discrepar, de dialogar y confrontar, de publicar y transmitir (Declaración de Chapultepec).

Estima la Sala Constitucional que la norma en cuestión lejos de disponer una sanción, confiere una facultad al Ejecutivo Nacional. No obstante, es de recordar que en ese supuesto, también este tipo de posiciones jurídicas, en las que se ejercen títulos de potestad por la Administración, con un claro interés general, pueden conllevar un carácter usualmente gravoso, exigiendo, al igual que las sanciones, de un procedimiento administrativo previo en el que se

⁹³ *Vid.* CIDH-OEA, Relatoría para la Libertad de Expresión, Derecho a la Libertad de Expresión y Pensamiento en Venezuela, 2003.

le notifique al interesado, se le otorgue el derecho al juez natural, el derecho a la presunción de inocencia, se le facilite ejercer los derechos a ser oído y al debido proceso y las demás garantías que le son consustanciales, en fin, se garantice el derecho a la defensa.

La prohibición de la censura previa implica el reconocimiento del peligro que acarrea la creación de “filtros” que decidan que pueden escuchar, ver o leer los individuos. Dicho peligro no desaparece simplemente con la adopción de requisitos específicos para permitirle ejercicio de la censura en ciertos casos excepcionales. Expresiones tales como “seguridad nacional”, “moral” o “buenas costumbres” son fácilmente utilizables como pretextos para eliminar o limitar seriamente la libre expresión de ideas.⁹⁴

1. *Una censura previa que obvia la legalidad y la tipicidad*

La Sentencia N° 834 de la Sala Constitucional del TSJ, obvia deliberadamente el derecho de los sujetos afectados a conocer cuáles serían los supuestos de hecho que hacen procedente la suspensión de la transmisión de un comunicado en uno o varios medios de comunicación, y niegan la garantía subjetiva que se traduce en la oportunidad de defenderse, y contar con las vías y medios suficientes para exponer su versión de los hechos, aportando alegatos y pruebas para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Ciertamente, el **artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la interpretación que de él hace la Sala Constitucional del TSJ**, lo configura como una norma abierta, excesivamente indeterminada, al punto que reconoce su falta de certeza al prever su propia aplicación condicionada: “hasta tanto se dicte la ley correspondiente”, lo que contraviene el principio de exhaustividad o tipicidad sancionadora, al ser una regulación deficiente e incompleta, esto es, adolecer de los elementos necesarios para satisfacer la legalidad penal (**nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia**, scripta, stricta, publica et certa), que si bien no es absoluta en materia sancionatoria, sí que exige un mayor grado de concreción y de certeza de los actos dañosos (antijurídicos o no), que permitan a los sujetos calcular y anticiparse a las posibles secuelas de sus actos.

2. *Una censura previa que genera indefensión*

El **artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y la interpretación que de él hace la Sala Constitucional del TSJ**, no señala ni el procedimiento o procedimientos a seguir, ni hace la debida remisión a las normas adjetivas, tampoco señala los recursos administrativos cautelares y de fondo, mucho menos señala la extensión temporal, personal y material; puede suspenderse una, varias o todas las comunicaciones, se pueden suspender en cualesquiera de los medios de comunicación, incluso conjuntamente, y peor aún, se puede suspender *sine die*, por cuanto no se indica un límite de tiempo, como tampoco se señala los supuestos de hecho y la circunstancias típicas en que procedería la suspensión.

3. *Una censura previa con la que se viola la libertad de expresión y la libertad de información*

Dicha suspensión, contemplada en el **artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y la interpretación que de él hace la Sala Constitucional del TSJ**, también implica una trasgresión a la libertad de expresión, del artículo 57 de la Constitución de Venezuela.

⁹⁴ GROSSMAN, Claudio. “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. *ob.cit.*, p.176

La Sala Constitucional ha desoído la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, como lo prevé la Constitución vigente y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ha obviado los principios interpretativos de todo el bloque o sistema de valores constitucionales. En efecto, no estamos en presencia de una delimitación o desarrollo del derecho a la información (pasivo y activo), sino de una restricción o limitación del mismo, sin que se haya ponderado con otro u otros derechos fundamentales o humanos, sino que se ha contrastado insuficiente e inadecuadamente con conceptos jurídicos indeterminados, como “los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.”, dándosele preeminencia a la “razón de Estado” por encima del valor axiológico y la cultura de los derechos humanos que, muy a pesar de la propia Sala Constitucional, le da forma y sustancia a la Constitución de 1999, orientan la aplicación preferentemente de los derechos constitucionales o humanos (*pro personae*), dado el reconocimiento de los derechos como posiciones preferentes (*preferred position*), susceptibles de protección en cualquier momento y en todas las circunstancias, como es el caso, del derecho de los medios y de cualquier persona natural o jurídica a informar y del derecho de los ciudadanos de acceder a la información.

“No se trata de contraponer los derechos fundamentales y esos bienes [“los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.”], siendo los primeros expresión de pretensiones individuales, y los segundos expresión del interés de la comunidad, puesto que [...] los derechos cumplen una primera función, objetiva, como desarrollo de los valores y al servicio igualmente de la comunidad y del Ordenamiento jurídico en su conjunto. Ambos bienes y derechos en una organización jurídica democrática se encuentran realizando las mismas funciones al servicio del individuo y de la comunidad, o al servicio de la comunidad, con el objetivo último de favorecer al individuo, y formando parte de una organización que debe ser interpretada sistemáticamente, en una interpretación que nunca se cierra, que siempre permanece abierta, y donde deben ponderarse los efectos de cada derecho con los bienes constitucionales, para valorar sus límites y su alcance en cada supuesto.

Debe partirse además de la finalidad última común de bienes y derechos, al servicio de la persona, porque ambos traen causa de los mismos valores superiores, raíz de su significado ético”⁹⁵.

Asimismo, los límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares. Sólo resultan legítimas las restricciones cuando aparece un conflicto entre derechos y, en ese caso, el interés común no puede servir para apoyar la preeminencia de uno u otro. Las cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular. De modo más gráfico, puede decirse que cuando se reconoce un derecho, lo que se está haciendo es otorgar primacía.⁹⁶

⁹⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, con la colaboración de Rafael de Asís, Rafael Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, reimpresión de 1999, Teoría General, *op. cit.*, 1995, pp. 592-593.

⁹⁶ BARRANCO, María del Carmen. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho, Boletín Oficial del Estado*, Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, p. 213.

La Sala Constitucional insiste en la necesidad y la urgencia de paliar potenciales efectos negativos, lo que justifica -según explican- que la medida o medida sea dictada *inaudita parte*; con un control que opera *a posteriori*, no sólo por el fin de la medida, sino también por las propias características de la suspensión, que se contrae específicamente a impedir la divulgación extendida del comunicado. Así mismo, que la norma legal habilita suspender la transmisión de comunicados realizados por agentes distintos al medio de telecomunicación como un accidente del hecho de que cursa en ese medio, a fin de garantizar los intereses de la Nación, el orden público o la seguridad.

La Sala Constitucional tampoco considera que el **artículo 183 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones** viole los principios de proporcionalidad y razonabilidad de los poderes públicos, permitiendo que el Estado, por medio de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ejerza medidas cautelares en contra de los operadores, que pueden ser dictadas -como lo avaló el máximo tribunal de la República- obviando los requisitos tradicionales para su otorgamiento, como son el *fumus boni iuris* y un *periculum in mora*. De modo que la administración del ámbito de las telecomunicaciones en Venezuela, (CONATEL) puede: **1.** Ordenar la suspensión inmediata, total o parcial de las actividades presuntamente infractoras de [la] Ley. **2.** Ordenar la realización de actos o actuaciones en materia de Servicio Universal, interconexión, derecho de vía, restablecimiento de servicios, facturación de servicios, seguridad y defensa. **3.** Proceder a la incautación de los equipos empleados y clausura de los recintos o establecimientos donde se opere, cuando se trate de actividades presuntamente clandestinas que impliquen el uso del espectro radioeléctrico. Tales medidas podrán ser dictadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, con carácter provisionalísimo, en el acto de apertura del procedimiento administrativo sancionatorio **sin cumplir con los extremos** a que se refiere el artículo 182 de [la] Ley⁹⁷, cuando razones de urgencia así lo ameriten (Parágrafo Único del artículo **183 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones**).

Se trata sin dudas de una potestad exorbitante y desproporcionada, sin justificación racional alguna contra la que se hacen inidóneos e infructuosos cualquier tipo de recursos o medios de tutela, con la que no sólo se estaría concretando la limitación de los derechos constitucionales a la libertad económica, a la propiedad y a las libertades de expresión e información, sino al debido proceso y al derecho a la defensa, al no aplicarse el test de racionalidad y el canon proporcionalidad, que es justamente la forma en que este tipo de medidas provisionalísimas se revisten de la mínima legitimidad necesaria y la validez exigible.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN: EXCEPCIONES AL DERECHO DE EMISIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

La Sala Constitucional del TSJ falsea nuevamente la realidad, al señalar que el artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no desconoce derecho alguno, “sino que pondera los dos bienes jurídicos constitucionales en juego delimitando el alcance del derecho a transmitir comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones cuando se afecte los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la

⁹⁷ El artículo 182. dispone: “En el curso de los procedimientos administrativos sancionatorios la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá dictar las medidas cautelares a que se refiere esta Sección, a cuyos efectos deberá realizar una ponderación entre los perjuicios graves que pudiesen sufrir los operadores y usuarios afectados por la conducta del presunto infractor, respecto de los perjuicios que implicaría para éste la adopción de dicha medida, todo ello en atención a la presunción de buen derecho que emergiere de la situación”.

seguridad”-advirtiendo que- “[s]i ello no fuera así, las consecuencias indeseables o perjudiciales de las comunicaciones se harían irreparables jurídica y socialmente”.

Por otra parte, la Sala Constitucional insiste en que “...el manejo de información sensible a los intereses de la Nación, al orden público o a la seguridad es un bien jurídico constitucional al igual que el derecho a informar, que se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil a los efectos de dar cumplimiento a los principios estipulados en el artículo 326 de la Carta Magna”.⁹⁸

Y falsea la realidad la Sala Constitucional porque lo que realmente se pondera en este caso es, por una parte, el derecho constitucional y humano a informar y estar informado y por la otra, “[los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.]”, bienes jurídicos procedimentales y vinculados a la razón de Estado.

Recordemos que los límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares. Sólo resultan legítimas las restricciones cuando aparece un conflicto entre derechos y, en ese caso, “[los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.]”, no puede servir para apoyar la preeminencia de uno u otro [porque no hay derechos contrapuestos, sólo el derecho fundamental a informar. [Además] [l]as cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular [...] puede decirse que cuando se reconoce un derecho [como el derecho a la libertad de información], lo que se está haciendo es otorgándole primacía a este derecho,⁹⁹ [sobre conceptos jurídicos indeterminados, que apuntan a la razón de Estado, como serían “los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad].”

Olvida la Sala Constitucional que sólo por normas legítimas de nivel constitucional o con rango de ley acordes con los principios que orientan una sociedad democrática, se regularán las excepciones al acceso a la información en forma limitada y siempre que sean necesarias para la protección de la seguridad nacional [...] Las restricciones por motivos de seguridad nacional sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto.¹⁰⁰

También pasa por alto la Sala Constitucional venezolana que, sin perjuicio de la prohibición de la censura previa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y siempre que se ajusten a los requisitos de legalidad, necesidad, realidad o inminencia y propósito

⁹⁸ Artículo 326. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar.

⁹⁹ BARRANCO, María del Carmen. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, *ob.cit.*, 2001, p. 213.

¹⁰⁰ Principios de Lima, 16 de noviembre de 2000. Suscritas por los Relatores Especiales para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU y de la OEA, entre otros.

válido¹⁰¹, sólo permite las siguientes excepciones: 1) la censura de los espectáculos públicos, con el exclusivo propósito de regular el acceso a ella para protección moral de la infancia y la adolescencia, y 2) la prohibición de propaganda en favor de la guerra o apología del odio racial, moral o religioso que constituyan incitaciones a la violencia contra personas o grupos.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en artículo 13.4 establece que “[s]in perjuicio de lo establecido en el inciso 2, los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”); y en el art. 13.5 que “[e]stará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religiosos que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985 (criterio ratificado en el fallo conocido como “La Última Tentación de Cristo”. *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* -Sentencia de 5 de febrero de 2001), precisó que la censura previa constituye una violación extrema del derecho a la libertad de expresión porque “*por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias... En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática*”. En esta oportunidad expresó que la censura previa “... *es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*”

El Estado venezolano temeroso de la intervención del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ante sus continuos desafueros e iniquidades, ya se ha aventurado a tratar de deslegitimar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sido reconocida por Venezuela¹⁰², al igual que como Estado Parte de la OEA ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰³

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha iniciado un deliberado proceso¹⁰⁴ de desaplicación -inconstitucional e inconvencional- del Derecho internacional de los

¹⁰¹ GROSSMAN, Claudio. “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. *ob.cit.*, p.179.

¹⁰² Veintiún Estados Partes han reconocido la competencia contenciosa de la Corte: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Suriname, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados. Fuente: http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm

¹⁰³ Los Estados que han ratificado la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Fuente: http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm

¹⁰⁴ Uno de los últimos capítulos de esta ‘Crónica de un incumplimiento anunciado’, pero al peor estilo del realismo mágico del brillante Gabriel García Márquez, es una nota de prensa publicada en la

derechos humanos, con una serie de decisiones que se perfilan como interpretaciones inconsecuentes con el *corpus iure* de los derechos humanos. Son interpretaciones inconventionales, al contrariar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y pretender avalar situaciones fácticas previamente declaradas antijurídicas por decisiones estimatorias y por opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y finalmente son manifiestamente inconstitucionales, porque la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desde sus normas de apertura (artículos 19, 22, 23, 30 y 31

página web del Tribunal Supremo de Justicia del lunes 15 de Junio de 2009 intitulada: “Se Consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros”, donde se lee:

“Del contenido de las sentencias N° 97/09, 1.942/03, 1.541/08 y 1.939/08 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debe concluirse que:

1.- Es falso que con base a las mismas, se afirme que el Poder Judicial venezolano no tiene potestad soberana para decidir las controversias sobre contratos de interés público suscritos por la República o someta las controversias derivadas de los mismos a los tribunales extranjeros, por el contrario, las mencionadas sentencias reiteran que el Estado es absolutamente soberano, por lo que no puede someterse a tribunales extranjeros en tanto no exista una manifestación válida, expresa e inequívoca para dirimir sus conflictos en órganos jurisdiccionales extranjeros.

[...]3.- Las sentencias reiteran, que en el caso de arbitrajes de inversión o la aprobación de cualquier otro mecanismo que suponga el sometimiento a una jurisdicción internacional -vgr. Corte Penal Internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunales subregionales como el Tribunal Andino, centros de arbitraje, conciliaciones, entre otros-, su validez y eficacia requiere, no solo de la manifestación de voluntad del Presidente de la República, sino además de una ley aprobatoria del tratado por parte de la Asamblea Nacional. 4.- Al reafirmarse en los términos expuestos el principio de soberanía y autodeterminación de la República en las sentencias antes mencionadas, es posible que el Estado Venezolano de acuerdo a las normas aplicables, pueda denunciar o modificar los convenios suscritos -antes de 1999- con otras naciones en los cuales se sometió la resolución de controversias a órganos internacionales. Muestra de ello, es la sentencia N° 1.939/08, en la cual la Sala Constitucional exhortó al Ejecutivo Nacional para que denunciara la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sometió a la República a la jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ante la evidente usurpación de funciones en que incurrió la misma.

[...]8.- Las sentencias reiteraron las consideraciones formuladas en la sentencia N° 1942/03, respecto a la ejecución de las decisiones de órganos judiciales internacionales, según la cual: “(...) como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos (...) las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o ad hoc (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos (...). En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal. El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales (...). El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscriptores [sic] de los Convenios o Tratados. Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores (...)”. (Sentencia de la Sala Constitucional N° 1942/03).9.- Conforme a lo anterior, se reafirmó que toda decisión o laudo internacional, puede ser objeto de control constitucional, si se pretende ejecutar en Venezuela, tal y como lo asentó la Sala Constitucional en el fallo N° 1.939/08, en el caso: “Corte Interamericana de Derechos Humanos vs. Jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”, y en la decisión N° 1.541/08, que a su vez ratifica la sentencia N° 1.942/03”.

CRBV), contempla que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional; y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y en las leyes de la República, con lo cual se interpretarán y aplicarán de forma que suponga una mayor efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución o en los tratados (*efecto útil*); que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales (incluyendo a la Sala Constitucional del TSJ) y demás órganos del Poder Público (*self executing*); otorgan el derecho a *dirigir* peticiones ante los órganos internacionales con el objeto de solicitar protección a los derechos humanos, y a *exigir*, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley (y *a fortiori*, en los términos establecidos en la CADH, y según la interpretación y aplicación de sus órganos competentes), las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales, como es el caso de las sentencias estimatorias de la Corte IDH.

Además, es de precisar que toda esta suerte de impedimentos jurisdiccionales al *derecho a la información* se coloca en las antípodas del *derecho internacional post-contemporáneo*, que gira en torno a la dialéctica entre el poder y la legitimidad, que puede inducir un modelo universal de democracia a partir de la asunción de que el principio democrático se sustenta sobre tres pilares: (i) la legitimidad de los gobernantes, (ii) la intangibilidad los derechos humanos de los sujetos y (iii) el principio de la rendición de cuentas (*accountability*).

Así, con respecto a (i) la *legitimidad de los gobernantes*, si bien no existe a nivel universal una obligación internacional que exija a los Estados promover y dotarse de un gobierno democrático, y no reemplazarlos por otros de carácter autoritario, el sistema internacional se está moviendo hacia un compromiso claramente democrático con gobiernos nacionales validados por estándares internacionales que se someten voluntariamente y de forma sistemática a la supervisión de su cumplimiento.

En cuanto a la (ii) *intangibilidad los derechos humanos*, como segundo eje vertebrador de un modelo universal de democracia, se fundamenta en la práctica internacional de protección de derechos humanos, especialmente los de carácter regional, así como en los ordenamientos internos de los Estados.

Un examen de esta práctica permitiría considerar junto a la existencia de derechos absolutos inderogables (como el derecho a no ser torturado o a ser privado arbitrariamente de la vida, en cualquier circunstancia, normal o excepcional, incluyendo cualquier amenaza terrorista, por ser la dignidad intrínseca de todo ser humano, un principio invulnerable del derecho internacional de los derechos humanos), otros derechos como las garantías judiciales y el derecho a un recurso judicial y a la revisión de las sentencias.¹⁰⁵

El tercer principio vertebrador del modelo universal de democracia propuesto desde el Derecho internacional post-contemporáneo, se refiere a (iii) *la rendición de cuentas [accountability]*, tendiente a reforzar el principio de la legitimidad internacional, para lo cual es fundamental contar con un régimen democrático, el respeto a de los derechos humanos y de

¹⁰⁵ Nos referimos a ese núcleo duro de derechos absolutos e inderogables del DIDH, constituido por las disposiciones que no deben ser derogadas en ninguna circunstancia, ni en un estado de excepción, de conmoción nacional o de sitio, dispuestas expresamente en el artículo 4 del PIDCP, el artículo 15 del CEDH y el artículo 27 de la CADH.

los principios de la primacía del derecho (Rule of law), poniendo el acento en la responsabilidad inherente a la soberanía.¹⁰⁶

De manera tal que, inmunidad jurisdiccional aparte, las restricciones por motivos de [“intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.”] sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Cualquier restricción no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto.

Porque libertad y orden [“los intereses de la Nación, [...] el orden público o la seguridad.”] no son valores contrapuestos y sólo es posible mantener una sociedad libre, si se garantiza a los ciudadanos y grupos su derecho a recibir información imparcial y oportuna. la libre expresión y circulación de ideas, la búsqueda y difusión de informaciones, la posibilidad de indagar y cuestionar, de exponer y reaccionar, de coincidir y discrepar, de dialogar y confrontar, de publicar y transmitir (Declaración de Chapultepec).¹⁰⁷

Se busca por cualquier vía echarle el cerrojo a “Globovisión”, utilizando para ello renovados subterfugios legales, en evidente desviación y abuso de poder de todos los órganos del Poder Público (Fiscalía General, Tribunal Supremo de Justicia, CONATEL, SENIAT, Administración Tributaria Nacional), incluso aquellos que gozarían de independencia y autonomía funcional, que han coonestado esta utilización salvaje y arbitraria del poder, por lo que son corresponsables de violentar todos los estándares internacionales, todo el *corpus iuris* de los Derechos Humanos, que exige establecer regulaciones claras que garanticen el ejercicio legítimo de la protesta social y que impidan al gobierno la aplicación de restricciones desproporcionadas que puedan ser utilizadas para inhibir o reprimir expresiones críticas o disidentes.

Son igualmente responsables de (i) pretender *criminalizar las expresiones críticas* contra el gobierno nacional, vengan o no de la disidencia política -como lo hacen entre otros los gobiernos de Irán, Cuba y Corea del Norte-, por parte de amplios sectores que discrepan de su política y de otros que le son adeptos pero quieren manifestar su desacuerdo ante la ausencia de políticas públicas frente a la inseguridad, el desempleo, la inflación, la precariedad de los servicios públicos y (ii) convertir en delito cualquier comunicado, información u opinión, como causa eficiente para luego sancionar con la suspensión o revocatoria de la habilitación administrativa o concesión de explotación de radio o televisión.

Este proceder violenta normas y estándares nacionales e internacionales sobre libertad de expresión e información, promueve la censura previa e induce a la autocensura, vulnera derechos fundamentales, constitucionales e internacionales, al tratar de hacer trascender a las personas jurídicas, la responsabilidad penal individual por actos u omisiones propios de personas naturales, y en fin, de silenciar a Globovisión y a cualquier medio, se silencia al pueblo venezolano imponiendo restricciones ilegítimas cuyo propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto.

En el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la exclusión de responsabilidad del que reproduce las opiniones e informaciones de terceros, no implica

¹⁰⁶ GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel. *El derecho internacional post contemporáneo. Un nuevo orden normativo internacional en formación*. Tirant, monografías, 597, Valencia, 2008, p.p.315-319.

¹⁰⁷ Adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D.F. el 11 de marzo de 1994.

desde luego cercenar la responsabilidad ulterior del autor de las mismas, porque como atinadamente acota la doctrina, es necesario distinguir y excluir la responsabilidad por el contenido de información consistente en reproducciones de opiniones de terceras personas de la responsabilidad por la línea editorial del medio de comunicación, dado que responsabilizar a quienes reproducen opiniones de terceros restringiría seriamente la libertad de expresión y la libertad de información, ya que obligaría a quienes reproducen opiniones de otros a establecer un sistema de comprobación de la veracidad de la información y un filtro de cada una de las opiniones vertidas, y esto es inadmisibles en una sociedad compleja y diversificada que incluye grandes flujos de información provenientes de fuentes muy disímiles, no sólo porque estos sistemas de verificación resultarían notoriamente onerosos,¹⁰⁸ sino porque restringirían el debate democrático, libre, abierto y robusto.

Como reflexión final es de precisar que los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información implican también, la *protección del derecho a disentir* y por ende, la libertad de difundir todas aquellas opiniones que no se avengan o no se aproximen a la ideología mayoritaria o a una determinada corriente de opinión gubernamental o corporativa, porque “...el debate de las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos.”¹⁰⁹

Hoy es innegable que esta posibilidad del individuo de disentir, de ser crítico -incluso en extremo- del poder, es un prerequisite democrático de garantía del pluralismo político e ideológico, que también tiene una dimensión social, en tanto manifestación directa de la libertad de conciencia y del derecho de participación ciudadana, lo que comporta necesariamente la facultad de informar a la opinión pública acerca de estas ideas, a través de los medios masivos de comunicación, de lo contrario la pluralidad de los puntos de vista se vería seriamente mermada y afectada por el monopolio o control ilegítimo y arbitrario del Estado.

Tampoco se puede pensar hoy día que el Estado es el gran enemigo de las libertades de expresión e información, por lo que las autoridades que lo encarnan deberían proteger todo discurso siempre que no incite al odio, a la exclusión o a la violencia.

Recientemente los órganos internacionales especializados en las libertades comunicacionales han advertido sobre la inconveniencia del “*ejercicio de facultades ilegítimas que permiten la indebida injerencia de los gobiernos en los medios de comunicación*”, tales como “[e]l control directo del gobierno sobre el otorgamiento de licencias o la regulación de la radiodifusión, o la supervisión de estos procesos por un organismo que no mantiene, tanto en la ley como en la práctica, una real independencia respecto del gobierno; [l]os procedimientos abiertos contra medios de comunicación independientes basados en motivaciones políticas; el uso indebido de leyes sobre expresiones que instigan el odio para impedir que grupos históricamente menos favorecidos participen en debates genuinos sobre sus problemas e inquietudes; así como de las legislaciones y posiciones judiciales “...que no exigen a las figuras y funcionarios públicos que muestren frente a la crítica un grado de tolerancia mayor al que se espera de los ciudadanos comunes”.¹¹⁰

¹⁰⁸ GROSSMAN, Claudio. “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. *Ob.cit.*, p.184.

¹⁰⁹ Supreme Court of the United States. *New York Times vs. Sullivan*. 376 US 254 (1964).

¹¹⁰ Declaración Conjunta del décimo aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década (2010), suscrita por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la

Como corolario de lo anterior, surge evidente el desafortunado y desatinado servicio que le hace a la justicia, a la democracia y al Estado de Derecho aquel juez o aquellos magistrados que imparten 'justicia' sin atenerse a su principio nuclear, como es la imparcialidad, sin cuya existencia es dudoso hablar en propiedad de proceso judicial o de debido proceso; lo cual se agrava cuando el juez que no es independiente e imparcial, al estar subordinado a otro u otros poderes del Estado o supeditado a personajes o agrupaciones de influencia política, vulnera indirectamente otros derechos fundamentales, como en este caso, las libertades informativas y el derecho a la libertad de expresión "...*pedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, ... indispensable para la formación de la opinión pública...*, 'conditio sine qua non' para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente, ...para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, este suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.¹¹¹

Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

¹¹¹ Corte IDH. 'La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85 solicitada por el Gobierno de Costa Rica, de 13 de noviembre de 1985, párr.70.