

LA RADIO Y TELEDIFUSIÓN: NOTAS PARA UNA APROXIMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL¹

Por Jorge Kiriakidis²

INTRODUCCIÓN

Las actividades de radio y teledifusión de mensajes (a las que nos referimos en estas notas en singular, como *actividad de radio y teledifusión*), han tenido – desde que irrumpieron en la historia de la humanidad como objeto cultural – un papel cada vez más importante en la vida de las personas y de la sociedad.

Y en tanto que fenómeno cultural de primera importancia, ha sido el objeto de estudio de diversas disciplinas científicas. Y así, la aproximación jurídica, no puede – ni ha sido - una excepción.

En efecto, discusiones como las que se han elevado a la opinión pública en asuntos como la aprobación de la Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión³, o la eventual no renovación (o “revocatoria” según algunos) de la concesión de RADIO CARACAS TELEVISIÓN para operar como señal de “antena libre”, han puesto de manifiesto que el asunto de la radio y teledifusión de mensajes tiene una dimensión jurídica, e incluso constitucional.

No obstante, la aproximación a esa dimensión constitucional del asunto, parece – como muchas cosas en nuestro país – haberse hecho de cara a problemas y situaciones coyunturales, faltando entre nosotros aproximaciones que, sin ser ensayos de positivismo jurídico o ejemplos de la aplicación de la Teoría Pura del Derecho, intenten una aproximación jurídica, general y – en lo posible – objetiva al tema.

Estas notas, tienen por pretensioso objetivo hacer un esbozo de ese análisis, no con la esperanza de sentar un precedente intelectual, sino por el contrario, esperando que pensadores más avezados las critiquen y destruyan, para que en ese proceso surjan conclusiones que luego enriquezcan nuestra cultura jurídica y refuercen las instituciones del país.

Dicho lo anterior, sólo resta anunciar al lector el plan de exposición, indicándole que estas notas comienzan por abordar la idea de que estas actividades constituyen verdaderas actividades de Servicio Público, lo que supone la necesaria participación del Estado (bien directa o indirectamente) (1), luego se analiza la idea de interés general que acompaña a

¹ Publicado en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Nro 129, Caracas 2.007, pp. 42-63.

² Abogado UCAB, Profesor de las Escuelas de Derecho de la UCV y la UNIMET.

³ Gaceta Oficial número 38.081, del 7 de diciembre de 2004.

estas actividades en tanto que Servicios Públicos (2), seguidamente se estudia la situación según la cual estas actividades de Servicio Público han sido libradas a la actividad de los particulares, lo que suponen la fiscalización del Estado mediante el ejercicio de facultades de Policía Administrativa (3), más adelante se explica la existencia de deberes prestacionales ciertos que permanecen en cabeza del Estado, de cara a la dimensión de Servicio Público de estas actividades, y más allá de las actividades de policía en las que se ha comprometido fundamentalmente (4), y por último, se hace el análisis de los derechos implicados en la prestación de estos Servicios Públicos, que constituyen otro límite – y el más importante – de cara al ejercicio de las facultades de policía que pueda ejercer el Estado en esta materia (5).

1. La Actividad de Radio y Teledifusión como una actividad de Servicio Público⁴: Es de trascendental importancia señalar que la radiodifusión y la teledifusión son, sin dudas, actividades de Servicio Público, en el sentido de que con las mismas se da satisfacción a necesidades de interés general, que, en adición, resultan ser derechos constitucionales.

Se trata además de una actividad de Servicio Público, en la que el Estado – de cara al derecho de la Libertad de Industria y Comercio o Libertad Económica – permite la participación de los particulares. De hecho las razones de esto obedecen a circunstancias históricas: fueron los particulares y no el Estado, quienes inventaron tales actividades, y quienes las comenzaron a explotar en el mundo entero, siendo que la actividad de regulación e incluso de participación del Estado de tales actividades fue un fenómeno posterior.

A todo evento, es menester observar que ha sido la propia Constitución la que declara a las señaladas como actividades de Servicio Público. Efectivamente, el artículo 108 de la Constitución, dispone:

“Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. (...)”

Ahora bien, en tanto que una actividad de Servicio Público – es decir, justamente por este carácter de Servicio Público – la Radiodifusión y la Teledifusión requieren de una regulación o régimen jurídico que garantice el correcto funcionamiento del servicio, teniendo presente no sólo los intereses a que especialmente brinda satisfacción la actividad, sino además arbitrando esos intereses con aquellos otros que también merecen tutela jurídica. Es decir,

⁴ Es importante señalar aquí que, si bien es cierto que la noción “orgánica” de Servicio Público sufrió una severa crisis a mediados del siglo XX, no es menos cierto que esa crisis dio paso al afianzamiento de la noción, en tanto que “funcional” o “material”, y en todo caso esa idea continua siendo – hoy mas que nunca – la justificación de la existencia misma de la Administración Pública, o como bien lo señala RENE CHAPUS, en su obra Droit Administratif Général, Tomo 1, 8va Edición, Ediciones MONTCHRESTIEN, p.p. 491: “Ellos son [los servicios públicos] la razón de ser de la Administración Pública, que solamente dispone de prerrogativas de potencia pública para asegurar su prestación. Y al mismo tiempo, la legitimidad de la actuación de la Administración sólo existe en la medida en que sus actividades tienen el carácter de *servicio público*”.

una regulación que garantice, por una parte, que el Servicio Público va a ser prestado de modo continuo, igualitario y adaptándose a las necesidades concretas de la población mientras estas cambian (lo que llama la doctrina clásica “las leyes del Servicio Público”), y por otra parte que marque claramente los límites que la actividad debe respetar, como otros derechos o intereses, ajenos a la actividad en concreto, tales como los derechos al Nombre y la Reputación, a la Educación y la formación integral, a la protección de los Niños y Adolescentes, a la Protección a la Maternidad etc.

De este modo, y dentro de esos parámetros, una Ley como la Ley de Responsabilidad Ciudadana de la Radio y la Televisión, es – cuando menos - un instrumento NECESARIO, que, no obstante, no debe transformarse en un elemento que entorpezca el buen funcionamiento del Servicio y la correcta, igualitaria y continua prestación del servicio.

Por otro lado, y también en de cara a esta dimensión de Servicio Público que tiene esta actividad, resulta imprescindible contemplar – pues lo ordena la Constitución – en la Participación Ciudadana. En efecto, uno de los mecanismos constitucionalmente diseñados para lograr el correcto funcionamiento de los entes públicos, los servicios, y la Administración Pública, es justamente el principio de participación ciudadana a que se refiere la Constitución en sus artículos 6, 18, 55, 65, 70, 127, 128, 168, 173, 184, 187 (ord4º), 255 y 294 (entre otras).

Además, **esta participación ciudadana, no sólo es un principio fundamental del Estado Venezolano garantizado por la constitución, sino que es, un medio eficaz para asegurar la responsabilidad social del Estado, en general, y de los Servicios Públicos, en particular,** teniendo aquí presente que la Constitución también consagra la responsabilidad como un principio fundamental del Estado Venezolano (artículos 4 y 6 de la Constitución).

En consecuencia, esta es un área de regulación que requiere de la intervención del Legislador en forma de regulación⁵, no obstante cualquier ensayo legislativo que pretenda regular la participación ciudadana para crear mecanismos de responsabilidad social, que resulte inadecuado, constituirá, *per se*, una infracción al derecho de participación ciudadana y un medio para menoscabar el principio de responsabilidad que rige en nuestro ordenamiento jurídico.

2. El Interés General a que responde el Servicio de Radiodifusión y el de Teledifusión: Como se ha dicho, la Radiodifusión y la Teledifusión constituyen una actividad de Servicio Público, mediante la cual se da satisfacción al interés general, y concretamente, mediante ella se logra la realización de derechos constitucionales de importancia capital como el Derecho de dar y recibir información, como la libertad de expresión e incluso la libertad de industria y comercio (o libertad económica).

⁵ Regulación ésta que parece encontrarse contenida en textos como la Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión, antes referida.

Así, en el seno de esta actividad de Servicio Público confluyen diversos sectores de la sociedad y el Estado, cada uno desde una posición, y todas ellas merecen tutela y protección dentro de los límites del derecho.

De este modo tenemos que, **por una parte se encuentran los Prestadores del Servicio, los Anunciantes y los Productores**, quienes encuentran en esta actividad el desarrollo de los derechos a informar, a expresar libremente el pensamiento, y a la libre empresa.

Por otra parte, confluyen en esta actividad los Usuarios, quienes logran en esta actividad la satisfacción de sus derechos a la información (comercial o noticiosa); al entretenimiento y esparcimiento, e incluso a la educación.

Y finalmente el Estado, que encuentra en esta actividad un modo de dar satisfacción a una necesidad de interés público (lo cual hace directamente a través de sus servicios de tele y radiodifusión, o indirectamente, a través de los concesionarios Prestadores de Servicio), y de este modo no sólo cumple con su deber genérico de asegurar los servicios públicos, sino además con los deberes específicos que para el Estado nacen como obligaciones correlativas respecto de los diversos derechos constitucionales que encuentran su cauce en esta actividad.

Además, el Estado cumple un rol adicional en esta actividad, y es el de ente regulador, y de cara a la condición de Servicio Público de la actividad, pero en todo caso, esa regulación deberá estar orientada a evitar la discriminación, estimular la igualdad, facilitar el acceso, estimular la libertad y la continuidad del servicio.

Lo cierto es que, de todas las fuerzas sociales involucradas en esta actividad, al Estado le corresponde la difícil tarea de lograr el equilibrio y la igualdad entre todas ellas, estimulando el ejercicio de los derechos e imponiendo límites a los abusos. Evidentemente, es por esta razón que el Estado requiere de un instrumento normativo que le permita una actuación de esta naturaleza, y ese parece ser – justamente – el espíritu que ha inspirado la promulgación de la Ley de Responsabilidad Social de la Radio y la Televisión.

Ahora bien, desde ya debe advertirse que una regulación como esta, debe estimular el goce de los derechos, garantizar el correcto funcionamiento del Servicio, y evitar los abusos, pero, justamente por tratarse de la regulación del ejercicio de derechos fundamentales, las normas o regulaciones que imponga el Estado deben evitar la tentación de – so pretexto de imponer una concepción momentánea y particular de orden o moralidad⁶ – limitar injustificadamente

⁶ En todo caso es importante señalar que ya la jurisprudencia ha señalado, de cara justamente a asuntos vinculados con mensajes o imágenes televisadas, que la moralidad es un concepto cambiante, no estático, que evoluciona con la sociedad. En efecto, en Sentencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, del 5/5/83 (Caso Hola Juventud), se estableció: *“La moral pública es dinámica. Cambia con el correr del tiempo y la evolución de las costumbres. De aquí que para juzgar si una determinada actuación*

el ejercicio de los distintos derechos que encuentran su forma de expresión y cumplimiento en el correcto funcionamiento de este Servicio Público. Pues de regularse en exceso, se estaría incurriendo, so pretexto de hacer un bien, en el peor de los males: sancionar a la sociedad cuando se quiere premiarla, atentar contra los derechos fundamentales cuando lo que se quiere es defenderles.

3. La actividad del Estado en la Regulación del Servicio Público y la Actividad de Policía Administrativa Especial. Frente a la condición de Servicio Público de la actividad de Radio y Teledifusión, y por la cual el Estado debe asumir una postura prestacional (directa o indirecta), en tanto que actividad librada a los particulares, el Estado – y concretamente la Administración – asume una actividad de regulación y fiscalización que encuadra en la actividad administrativa definida como “*actividad de Policía Administrativa*” que constituye además una actividad de policía administrativa “especial” pues su objeto no es el mantenimiento genérico del orden público, sino el mantenimiento específico del orden público en una actividad concreta: la de Radio y Teledifusión.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia han definido a la actividad de Policía de la Administración Pública, como una actividad máximamente reglada (es decir, sometida del modo más estricto al principio de la legalidad administrativa a que se refiere el artículo 137 de la Constitución) por la cual la Administración regula jurídica y materialmente la conducta de los particulares, limitando aquellos aspectos de la libertad individual que la Ley le autoriza a limitar, y siempre que esos límites estén orientados y sean adecuados y estrictamente necesarios al resguardo y mantenimiento del orden público⁷.

De este modo, en primer lugar y por tratarse del ejercicio de una competencia pública y por tratarse de una actividad de regulación y limitación de los derechos individuales, debe estar exhaustivamente prevista en la Constitución y en la Ley, y en caso de dudas, debe favorecerse el ejercicio de la libertad por parte de los individuos.

En segundo lugar, en esta Actividad de la Administración – la de Policía - cobra una especial importancia el principio de proporcionalidad a que se refiere – de modo genérico - el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, dado que las medidas de policía, bien sean aquellas que comporten actividades materiales como las que impliquen la

ofende efectivamente la moral pública, menester es atenerse al criterio dominante en el medio social en que ella se realizó. En el estado actual de la evolución cultural de Venezuela, sería inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta afecta la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad. (...) La sociedad venezolana actual admite como permisible la exhibición del cuerpo humano desnudo no sólo en los museos de arte o de ciencia, en la pintura y en la escultura, sino igualmente en revistas y otras publicaciones especializadas o de información general, así como en las proyecciones cinematográficas y en las creaciones teatrales.”

⁷ VEDEL, Georges en su obra Droit Administratif, Tomo II, Ediciones PUF, 11º Edición, p.p.664, esboza la siguiente definición: “Llamamos *policía administrativa* al conjunto de actividades administrativas que tienen por objeto la emisión de reglas generales y medida individuales necesarias al mantenimiento del orden publico, es decir, la seguridad, la tranquilidad y la salubridad. (...)”

producción de un acto jurídico, deben tener por finalidad el mantenimiento del orden, y al mismo tiempo no pueden exceder aquello que sea estrictamente necesario a ese fin, pues cualquier exceso – por jurídico o bien intencionado que sea – constituye un atentado contra las libertades individuales.

Esta necesidad de proporcionalidad referida a la actividad de policía esta constitucionalmente prevista – respecto de la policía administrativa general – en el artículo 55 de la Constitución, que textualmente prevé:

“Artículo 55.- Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. (...)

Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. El uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionario policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley.”

Así, en esta materia – la de Radio y Teledifusión – en la que entra en juego no sólo un Servicio Público, sino además el ejercicio de diversos derechos y libertades individuales, el Estado irrumpe regulando la actividad y garantizando el orden que permita el ejercicio libre y concurrente de esos derechos por parte de todos los ciudadanos, y evitando o sancionando el ejercicio abusivo de los derechos por parte de algunos ciudadanos, ya que esto significa la violación de los derechos de otros, y una infracción al orden que el Estado está llamado a mantener.

Ahora bien, esa actividad reguladora que ejerce el Estado, y concretamente la Administración Pública, debe – por tratarse de una actividad que limita el ejercicio de derechos fundamentales – en primer lugar, encontrarse legalmente definida y limitada, y en segundo lugar, ser ejercida con base en esas previsiones y sujetándose estrictamente al principio de proporcionalidad.

4. Los Deberes Constitucionales del Estado involucrados en el Servicio de Radiodifusión y el de Teledifusión: Como ya se ha dicho, la actividad de radio y teledifusión son constitucionalmente consideradas como Servicio Público (artículo 108 de la Constitución), en el que los prestadores de servicio colaboran con el Estado en el cumplimiento de deberes de éste: el deber de dar acceso a la información y al entretenimiento a que se refieren los artículos 101 y 108 de la Constitución.

Ahora bien, por tratarse – el de radio y teledifusión - de un Servicio Público, el Estado tiene como primordial deber el poner los medios necesarios para estimular el desarrollo de esta actividad, y esto debido a su condición de *Estado Social* (artículos 2, 3, 113) **y cualesquiera**

medidas que tome en contra de este fin, sería evidentemente contraria la deber que le asigna la Constitución. Efectivamente, es oportuno recordar que el artículo 113, que se refiere a la libertad de industria y comercio, también contiene una norma que resalta la *condición social* del Estado y su responsabilidad frente a los Servicios Públicos, cuando afirma:

“El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población (...)” (Subrayado nuestro).

Así, un primer límite que impone la Constitución al Estado en sus actividades relacionadas con cualquier servicio público, es justamente que las medidas que tome en tales materias – bien sean legislativas o administrativas - deben **promover** la producción de servicios que satisfagan las necesidades de interés general.

Por otra parte, junto con la obligación de estímulo, el Estado debe velar por la correcta marcha de los servicios – una vez que estos existan – no para imponer su propia opinión o moralidad, sino para que se logre la satisfacción del interés general, que se concreta en las libertades de información, entretenimiento y formación cultural, además de otras como la libertad de industria y comercio y el respeto de los derechos de los demás.

Efectivamente, en esa actividad de Servicio Público encuentran realización libertades públicas de esencial importancia, como la libertad de expresar opiniones e ideas (artículo 57 de la Constitución) y la libertad de informar y recibir información (artículo 58 de la Constitución), e incluso la libertad de industria y comercio (artículo 113 de la Constitución), de los ciudadanos, tanto de aquellos que confluyen con el Estado a la prestación del servicio, como aquellos que simplemente son beneficiarios de la actividad.

Y es una obligación del Estado velar porque esos derechos constitucionales encuentren su adecuado cauce y satisfacción en la aludida actividad de Servicio Público, sin que ninguna medida que el tome – bien sea administrativa o legislativa – pueda constituirse en una restricción injustificada de tales derechos. Si alguna medida del Estado en esta materia, limitara injustificadamente el ejercicio de un derecho constitucional, sería doblemente contraria a la constitución, en primer término porque estaría quebrantando la obligación de estímulo que tiene el Estado, y en segundo lugar, porque estaría infringiendo las normas concretas que en cada libertad prevista por la Constitución dirigen al Estado la obligación correlativa de respeto y límite a su actividad.

5. Los Derechos Constitucionales de los ciudadanos involucrados en el Servicio de Radiodifusión y el de Teledifusión: Son varios los derechos ciudadanos involucrados directamente en la *correcta* prestación del Servicio de Teledifusión y Radiodifusión.

a) La Libertad de Dar y Recibir Información Veraz e Imparcial. El primero de los derechos que entra en juego en materia de radio y teledifusión es el de libre transmisión y recepción de información. La propia Constitución lo reconoce expresamente, cuando señala que mediante esta actividad los particulares confluyen con el Estado en la misión de formar e informar (artículos 101 y 108 de la Constitución). Sobre el contenido de este Derecho fundamental, el artículo 58 de la Constitución señala:

“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 vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”

Ahora bien, desde un principio es necesario observar que este derecho constitucional – ligado íntimamente al derecho de la libre expresión del pensamiento - abarca y protege las dos posiciones en las que un sujeto puede encontrarse frente a la información, la posición que ostenta el sujeto que suministra o difunde la información, y la posición que ostenta quien decide libremente recibir la información. No es redundante insistir en que no se trata de una postura pasiva, pues quien recibe la información debe tener la libertad de recibir o no esa información, y es por ello que en esta materia, la diversidad de fuentes de información redunda en beneficio de quien recibe la información y de su libertad.

Esta dualidad del Derecho a la Información, lo hace muy especial, y lo diferencia del derecho a la Libre Expresión del Pensamiento (del que la jurisprudencia ha sostenido, es un subproducto), ya que mientras uno atiende solamente a la posición del que se expresa (haciéndole en todo caso responsable por el incorrecto uso del mismo y la afectación de otros derechos), el otro – la Libertad de informar e informarse – comprende tanto el derecho a proporcionar la información (dimensión en la que este derecho se confunde con la Libertad de Expresión), como el derecho de quien la recibe, pues con esa información podrá tomar decisiones importantes y necesarias en su vida (lo cual incide en el derecho al desarrollo de la personalidad).

Ahora bien, la Libertad de **recibir** información no acepta – constitucionalmente - la imposición de límites. Ahora bien, esa libertad FACULTA a los receptores de la información a exigir veracidad e imparcialidad. E incluso, se faculta especialmente a los niños y adolescentes a exigir, además de las informaciones veraces e imparciales a que tiene derecho todo ciudadano, una información adecuada para su desarrollo integral.

Además, la libertad de **dar y recibir** información abarca cualquier tipo de información, **desde la científica, la educativa, la simplemente noticiosa, la política e incluso la comercial.** Así, la libertad de información es, en principio, una libertad instrumental que permite la expresión,

la transmisión y la difusión de cualquier contenido. Al respecto esa Sala Constitucional ha señalado:

“El artículo 58 eiusdem (...) se refiere (...) a la información de noticias, que no es otra cosa que el suceso (actual o pasado, o sus proyecciones futuras) transmitido a la colectividad por los medios de comunicación social (lo que hasta podría realizarse mediante pantallas públicas de información, por ejemplo), que también incluye a los anuncios que la ley ordena se difundan y a la publicidad en general, la cual no es per se una información de noticias, pero sí sobre la existencia y cualidades de bienes y servicios de toda clase al alcance del público, las cuales no deben ser engañosas a tenor del artículo 117 constitucional.” (Resaltado y subrayado nuestro)(Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 1013, del 12/06/01, Caso Elías Santana).

Por otra parte es indispensable observar **que la única condición que impone la Constitución, en cuanto al contenido** de la información es que la misma debe *ser veraz e imparcial*. Y esta obligación de contenido va dirigida solamente a quien da o suministra la información, quien en todo caso es responsable por el *correcto ejercicio de esa libertad*.

La Sala Constitucional se ha referido a este binomio *deber/responsabilidad* de los difusores de información, del modo siguiente:

“Los medios de comunicación, al permitir a las personas estar informados, satisfaciéndoles su derecho, en cuanto a esa información o noticia actúan en dos planos: uno general, donde deben emitir información veraz, oportuna e imparcial, donde se evita la difusión de la noticia falsa, o manipulada con medias verdades; de la desinformación que niega la oportunidad de conocer la realidad de la noticia; o de la conjetura o información parcializada para lograr un fin específico contra algo o alguien. (...)El otro plano es particular. Está referido a las personas que se ven afectadas por informaciones inexactas o agraviantes o que atentan contra sus derechos humanos, contra su dignidad o contra derechos constitucionales que les corresponden, (...) cuando su dignidad, el desenvolvimiento de la personalidad, el honor, la reputación, la vida privada, la intimidad, la presunción de inocencia y otros valores constitucionales se ven vulnerados por los medios de comunicación social. (...)En este último plano nacen, para las personas agraviadas, varios derechos distintos: uno, establecido en el artículo 58 constitucional, cual es el derecho a réplica y rectificación; otro, que también dimana de dicha norma, así como del artículo 14 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cual es **obtener reparación** (responsabilidad civil) por los perjuicios que le causaren, los cuales incluyen la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas, ya que si el Estado la tiene, conforme al artículo 30 constitucional, los victimarios particulares también tienen dicha obligación, aunque el juez siempre

debe conciliar el derecho que tienen las personas a estar informados, con los otros derechos humanos que se infringen al reclamante.” (Resaltado y subrayado nuestro) (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 1013, del 12/06/01, Caso Elías Santana).

Así las cosas, tenemos que – salvo algunas excepciones que establece la propia Constitución y los tratados internacionales relativos a derechos fundamentales – la libertad de información no puede verse sometida a censura previa alguna, no obstante lo anterior, cuando esa información no cumple con los parámetros de ser veraz e imparcial, habrá de generar la responsabilidad de quienes la han suministrado, A FAVOR – EVIDENTEMENTE – DE QUIENES HAN RESULTADO PERJUDICADOS. Y esa responsabilidad se hace efectiva de dos modos: a través del derecho a réplica y mediante las acciones para obtener la reparación por los perjuicios sufridos.

Es de crucial importancia observar que la Constitución esboza en esta materia un régimen de responsabilidad subjetiva (por hecho culposo o “falta”) que requiere que se produzca un daño, y que ese daño tenga su origen en una conducta ilícita, y que, para el caso de la responsabilidad por incorrecto ejercicio de la Libertad de Dar Información, habrá de concretarse cuando se difunden informaciones falsas o parcializadas.

En consecuencia, cualquier régimen de responsabilidad que se pretenda desarrollar legalmente para encausar el correcto ejercicio de la Libertad de Información, y concretamente el ejercicio de la Libertad de Dar Información (pues como se ha dicho antes, la libertad de recibir información, en principio no soporta limitación alguna), deberá tener presente el régimen que ha esbozado la Constitución, según el cual: (i) la censura previa está prohibida; (ii) la responsabilidad sólo opera por infracción al deber de ser veraz y ser imparcial, y (iii) la responsabilidad la hacen efectiva los afectados, mediante el uso del derecho a réplica o las acciones por responsabilidad, en contra de todo aquel implicado en la transmisión y difusión de un mensaje no veraz o parcializado, que le haya generado un daño.

He aquí un punto crucial en la materia, pues según la Constitución, la LIBERTAD DE DAR INFORMACIÓN (que es una de las dos dimensiones que presenta este derecho) es libre (aún cuando resulte tautológico) y no sometida a censura previa, y SÓLO ACARREA RESPONSABILIDAD cuando la misma no es veraz o no es imparcial.

De este modo, resulta crucial entender y determinar cuándo una información no es veraz o cuándo no es imparcial, de cara al sistema de responsabilidad que acarrea el ejercicio a informar establecido por la Constitución. Así, se debe comenzar por aclarar que la información debe ser “veraz”, lo que no significa que deba ser “verdadera”. Así, lo que exige la Constitución es que quien difunde la información haya actuado con una diligencia media – como un buen padre de familia – para verificar la exactitud de lo que se dispone a informar. Al respecto ha sostenido la esa Sala Constitucional lo siguiente:

“Cuando la información ha sido supuestamente contrastada por el medio antes de su divulgación, aunque tenga errores o inexactitudes, la información puede considerarse veraz, ya que tiene una correspondencia básica con la realidad, y no puede exigirse a quien busca la información, que va a beneficiar a las personas que tienen el derecho a ella, una meticulosidad y exactitud que choca con la rapidez sobre la captura de la noticia, con la dificultad de comprobar la fiabilidad de la fuente de la misma (la cual muchas veces es oficial) o con las circunstancias –a veces oscuras- como sucede con los hechos que interesan al público, etc. (...)Corresponde a la jurisprudencia, en cada caso, determinar si hubo o no una investigación suficiente sobre la veracidad de lo publicado, como noticia, o como base de una opinión.” (Resaltado y subrayado nuestro) (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 1013, del 12/06/01, Caso Elías Santana).

Ahora bien, la propia Sala Constitucional ha anunciado algunos de esos supuesto de elaboración jurisprudencial que revelan la existencia de una información que no es veraz o no es independiente, y que por eso es susceptible de acarrear RESPONSABILIDAD. De seguidas enumeramos algunos de ellos referidos en la ya mencionada sentencia 1013, del 12/06/01:

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

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

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

Dicho esto, es menester insistir en que la responsabilidad que surja en el ejercicio de la Libertad de Suministrar Información, sólo prospera en los casos de incumplimiento de los deberes de contenidos veraces e imparciales (algunos de cuyos supuestos ya han sido tipificados por la jurisprudencia) y sólo debe prosperar – por un asunto de evidente lógica jurídica – respecto de los sujetos afectados por esas informaciones (o de quienes legalmente ejerzan su representación). Ahora bien, esa responsabilidad, según lo ha interpretado la Sala

Constitucional, sólo puede instrumentarse de dos modos: por la vía de la réplica y por la vía del ejercicio de las acciones por los daños.

Es a estos principios constitucionales a los que debe responder cualquier sistema de responsabilidad que pretenda desarrollar el Legislador Venezolano, en materia del ejercicio de la Libertad de suministrar información (pues como ya se ha dicho, la libertad de recibir información es, en principio, ilimitada).

b) El Derecho a la Libre Expresión de las Ideas y el Pensamiento: El segundo de los derechos que entra en juego en materia de radio y teledifusión es el de la Libre expresión de las ideas y el pensamiento. Se trata de un derecho que incluso abarca al anteriormente explicado – el de la libertad de información – que se concreta en la posibilidad que tiene toda persona de expresar sin censura previa y sujeto a responsabilidad, cualesquiera de sus ideas y pensamientos, incluso aquellas que puedan resultar escandalosas o revolucionarias, y sujeto a responsabilidad, en el entendido que el libre flujo de la información es el motor para el desarrollo de las sociedades. La Constitución consagra este derecho fundamental del modo siguiente:

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

Sobre el enunciado general de este derecho, y el modo en que el mismo abarca al derecho a la libertad de informar y recibir información, esa Sala Constitucional ha señalado, en sentencia de principio, lo siguiente:

“La “libertad de expresión” consiste en el derecho que tiene toda persona de expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y hacer uso de cualquier medio de comunicación o difusión para ello (artículo 57 constitucional). Este derecho incluye la libertad de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, por lo que íntimamente unida a la libertad de expresión se encuentra la libertad de información que consagra el artículo 58 constitucional.” (Sentencia de la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia número 1942, del 15/07/03, Caso Rafael Chavero).

A diferencia de lo que ocurre con el derecho a la información, que está limitado por la condición de ser *veraz e imparcial*, la libertad de expresión no tiene – en principio – límite en cuanto a sus contenidos, salvo por aquello que respecta a aquellos mensajes que inciten a la guerra, a la discriminación o a la intolerancia religiosa (mensajes que están constitucionalmente prohibidos y no se entienden amparados por la libertad de expresión).

Es decir, que salvo por los mensajes anónimos, que inciten a la guerra, a la discriminación o a la intolerancia religiosa, que expresamente se encuentran excluidos de la tutela de este derecho Constitucional, y sobre los que esa Sala Constitucional ha dicho, en sentencia 1942 del 15/07/03, que : *“Para que no se permitan tales expresiones, la ley puede crear censura previa a su difusión o comunicación, siempre que actos jurisdiccionales la ordene.”*, quien desee difundir una idea – cualquiera que sea su naturaleza o contenido – tiene derecho de hacerlo sin censura alguna, y en todo caso, si la difusión de dicha idea genera algún daño, quien la ha difundido será responsable de tales daños.

Ahora bien, ha señalado la Sala Constitucional que el ejercicio de este derecho acarrea responsabilidad por el uso incorrecto que de él se haga, es decir – como en el caso de cualquier otro derecho – los excesos en su ejercicio acarrearán responsabilidad. Así, la Constitución – al igual que lo hace en materia de Libertad de Información – establece un sistema de responsabilidades en torno al ejercicio de este derecho, y ese sistema responde a los principios de la responsabilidad por “falta” o culpa, que requieren de la ocurrencia de un daño y de la comprobación de la antijuricidad de la acción dañosa (que se opone a los sistemas de responsabilidad objetiva, en los que la antijuricidad de la acción dañosa no es requerida).

El carácter antijurídico – o de “falta” – de la acción o conducta dañosa proviene, para el caso del ejercicio de la Libertad de Expresión, del contenido de las ideas libremente expresadas, cuando tales contenidos – además de generar un daño comprobado en cada caso - coinciden con aquellos prohibidos expresamente por la Constitución o los Instrumentos Internacionales referidos a Derechos Fundamentales validamente suscritos o ratificados por la República.

Así tenemos que son antijurídicos:

(i) En primer lugar, los contenidos prohibidos por la enumeración que hace el propio artículo 57 (y que incluso podrían ser sometidos a censura previa, mediando orden judicial, tal y como lo ha señalado esa Sala Constitucional). Es decir, los mensajes o expresiones públicas de ideas anónimas, las que inciten a la guerra, los mensajes discriminatorios, o los que promuevan la intolerancia religiosa; serán generadores de responsabilidad cuando los mismos hayan generado daño a alguien (debe recordarse que en todo sistema de responsabilidad por falta o hecho culposo, el daño DEBE COMPROBARSE).

(ii) En segundo lugar, los contenidos que según el artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, generan responsabilidad. Es decir, los

mensajes o expresiones públicas que (a) afecten el respeto o a la reputación de los demás; (b) afecten la seguridad nacional; (c) atenten contra el orden público; (d) perjudiquen la salud; (e) ataquen la moral pública; (f) hagan propaganda de guerra, y ; (g) la apología del odio nacional, racial o religioso, que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas (siendo que los dos últimos términos de esta enumeración se encuentran incluidos igualmente en el artículo 57 de la Constitución).

De este modo, tenemos que la Constitución articula un sistema de responsabilidad en el ejercicio del Derecho a la Libre Expresión del Pensamiento, en cabeza de quien se expresa – con independencia al medio por el cual se exprese públicamente – que puede ponerse en marcha ante la conjunción de los siguientes elementos: (i) la expresión pública de ideas o pensamientos por alguien, (ii) que dicha expresión genere un daño a alguien, (iii) que el contenido de las expresiones sea de aquellos que la Constitución y los acuerdos Internacionales declaran como “ilícitos”. Cualquier Ley que pretenda regular el ejercicio de este derecho deberá ajustarse a estos parámetros.

c) El Derecho a la Libertad Económica, como derecho individual y como derecho social: La Libertad Económica es un derecho de contenido complejo, como ocurre con otros derechos y garantías previstos en la Constitución, y ello es así debido que posee una dualidad de contenidos esenciales. En primer lugar, la Libertad Económica posee un contenido individual (que es el que comúnmente se asocia con este derecho, pero que no es su único contenido esencial), y que se traduce en la libertad de iniciativa privada o libertad de empresa (artículo 112 de la Constitución). Sin embargo, el contenido esencial de este derecho atiende a una segunda dimensión de ese derecho, una de carácter social (que usualmente olvidan las Constituciones y los comentaristas): el derecho a la variedad de productos y servicios, en beneficio de los consumidores (que repercute en el aumento de la calidad y la disminución de los precios, elevando el nivel de vida de los ciudadanos, y de la sociedad en general), y que se concreta en la prohibición de los monopolios y en general, de las conductas – de agentes económicos o incluso de los Poderes Públicos – que generen monopolios o situaciones de efectos similares, que afecten a la sociedad (artículo 113).

Este derecho, ha sido consagrado – en sus dos aspectos – en dos normas de la Constitución, que prescriben lo siguiente:

“Artículo 112.- Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio,

industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.”

“Artículo 113.- No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tenga por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquéllos, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o de ellas una empresa o conjunto de empresas, adquiriera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado deberá adoptar las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras, y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía. Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.”

Así, la Libertad económica, no sólo es el derecho de todo ciudadano a ganarse la vida del mejor modo que encuentre y siempre sometido a límites de “desarrollo humano, seguridad, salubridad, protección del ambiente u otras de interés social”, y en este sentido el derecho tiene un contenido activo (derecho a hacer), sino que además abarca el derecho a la multiplicidad de opciones y a la elección de quien actúa como consumidor, pues se prohíben los monopolios y toda conducta que pretenda desencadenar tales efectos en la sociedad, y en este sentido este derecho tiene un contenido que observa al sujeto desde un punto de vista pasivo (derecho a recibir).

Ahora bien, en lo que respecta al Servicio Público de radio y teledifusión, cuando ésta es dejada – al menos parcialmente – en manos de los particulares, entra en juego esta Libertad Económica en sus dos vertientes, pues de un lado se permite a todo ciudadano o grupo de ellos – que cuenten con los medios técnicos, de trabajo y capital – explotar dicha actividad; y por otro lado, al permitirse multiplicidad de oferentes de los servicios, se resguarda el derecho de los consumidores a recibir multiplicidad de ofertas, y así elegir – LIBREMENTE – entre todas ellas, de acuerdo a sus gustos, necesidades y recursos.

Es conveniente insistir aquí en la importancia del derecho que la Constitución consagra a los ciudadanos en cuanto a la diversidad de la oferta, pues este derecho de los ciudadanos obliga

al Estado, no sólo a perseguir los monopolios, sino además, a estimular las condiciones económicas necesarias para que ingresen al mercado diversidad de productos. Además, limita toda actividad del Estado tendente a restringir la oferta y la presencia de diversos oferentes en el Mercado. Todo ello debido a que el Constituyente – al tanto de lo que ha ocurrido en el mundo entero – entendió en 1999, que al igual que en materia política, en materia económica, es el pueblo el que debe tener el poder, y que ese poder proviene de la libre elección entre diversas opciones. En esto justamente consiste la democratización de la Economía, en limitar los monopolios y eliminar las barreras a la entrada de los mercados, dando al consumidor el poder de elegir libremente.

Ahora bien, para que ese poder de libre elección del pueblo – del consumidor – opere adecuadamente, es fundamental un elemento adicional, también garantizado por la Constitución: la libre circulación de la información comercial, que indudablemente está contenida en el objeto de tutela a que se refiere el artículo 58 de la Constitución. Es sólo estando informados (veraz y imparcialmente) de los productos, su calidad y características, y sus precios, que los consumidores podrán elegir LIBREMENTE, y dar cobertura a sus necesidades individuales.

De este modo, el Estado tiene – como correlativo a este Derecho – el deber de : (i) estimular el ingreso de nuevos agentes dedicados a la producción de bienes y servicios, (ii) debe ejecutar medidas que – sin eliminar a los agentes que ya están en el mercado – tiendan a la eliminación de los monopolios o a las prácticas equivalentes a estos, (iii) debe estimular el flujo de información sobre los bienes y servicios ofertados en el mercado, y (iv) debe poner en manos de los consumidores los mecanismos legales para reclamar los incumplimientos por parte de los agentes ofertantes de sus obligaciones.

Un asunto adicional a observar es que la Libertad Económica no es un derecho absoluto, y acepta límites o regulaciones, que no obstante JAMÁS PODRÍAN CONSTITUIR RESTRICCIONES ABSOLUTAS DE SU CONTENIDO. Así, la libertad de Industria y Comercio (referida en el artículo 112) admite regulaciones o límites establecidos por razones de *desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social*, pero se trata de regulaciones y límites, y jamás de la absoluta negación de tal derecho. En idéntica situación se encuentra el derecho a la diversidad de la oferta libre y no alterada (referida en el artículo 113).

Ahora bien, la regulación de este derecho Fundamental en sus dos dimensiones, se encuentra complementada por una norma adicional en la Constitución, que señala que reconoce al sistema económico como un elemento esencial para el desarrollo humano integral, y señala que el mismo se fundamenta en los principios de justicia social, democratización y libre competencia. En efecto, el artículo 299 de la Constitución señala:

“El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre

competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta.”

Así, el Constituyente ha comprometido a la acción del Estado, en la misión de garantizar que la economía se transforme en un desarrollo humano de los miembros de la sociedad, y a tal fin señala una serie de principios que han de regir la actitud y la actuación del Estado en la Economía, y que no son otros que el de justicia social, democratización y libre competencia. Obsérvese que el Constituyente ha entendido que en la libertad económica es un derecho de evidente contenido social, y no simplemente individual.

Es evidente así, que de lo que se trata es de permitir que todos participen libremente en la economía, evitando los abusos de derecho que algunos miembros de la sociedad pueden emprender en contra de otros. Es a esto a lo que el Constituyente ha dispuesto que debe dirigirse la actividad Estatal en materia económica, y cualquier regulación que se aparte de estos postulados será, evidentemente contraria a los límites constitucionales que se han impuesto a la actividad Estatal.

CONCLUSIONES

De lo dicho aquí podemos concluir que las actividades de Radio y Teledifusión son verdaderos Servicios Públicos, no sólo porque así los define la Constitución de la República, sino además debido a que se trata de actividades de evidente interés general, que por su naturaleza, el Estado no puede asumir en un régimen de prestación o explotación exclusivo, y por ello, ha dispuesto una serie de disposiciones de Policía Administrativa que garantizan su régimen continuo de prestación. Ahora bien, esa actividad regulatoria que ejerce el Estado de esta actividad de Servicio Público, se enfrenta no sólo a los límites o deberes que por su naturaleza impone todo servicio público al Estado (aquellos a que se refieren las denominadas leyes del servicio público), sino además, aquellos límites que impone a la actuación del Estado los derechos fundamentales que se encuentran íntimamente vinculados al ejercicio de esta actividad.

Es este, muy superficialmente explicado, el aspecto que, desde el punto de vista constitucional, tiene la actividad de Radio y Teledifusión, y que deben tenerse presente – cuando menos para cuestionarlo – el estado al momento de incursionar en esta actividad, aún cuando sea sólo para participar como agente prestador, y muy especialmente cuando pretende actuar como regulador de la materia.

