

El alcance de la libertad de expresión en la doctrina y la jurisprudencia

Antonio Silva Aranguren

Jorge Luis Suárez M.

Profesores de Derecho Administrativo, UCV

Miembros del Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 99

Universidad Central de Venezuela

Caracas, 1996

Dedicatoria

*A quienes defienden la libertad -entre ellas la de expresión-
y están conscientes de los límites que impone el derecho ajeno,
pues tales personas cuentan con una doble
virtud: ser libres y respetuosos.*

SUMARIO

INTRODUCCION

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La libertad de expresión como derecho limitado. 2. La posibilidad de limitaciones excepcionales a la libertad de expresión en época de suspensión o restricción de garantías constitucionales.

II. LA PROTECCION JUDICIAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y LA FIGURA DEL AMPARO CONSTITUCIONAL COMO MEDIO INMEDIATO DE TUTELA

1. La acción de amparo constitucional como medio de protección del derecho contra actuaciones estatales y particulares. 2. El *habeas corpus* como figura especial de amparo constitucional en casos de privación de libertad por pretendidos excesos en el ejercicio de la libertad de expresión.

III. LA LIBERTAD DE EXPRESION Y LA PROTECCION DE LOS INTERESES DEL ESTADO: LOS DENOMINADOS SECRETOS DE ESTADO

1. El denominado caso «New York Times» y la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América. 2. El denominado caso «María Eugenia Díaz» y la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

IV. LA LIBERTAD DE EXPRESION Y LOS INTERESES DE LA COLECTIVIDAD: EL CASO DE LA MORAL PUBLICA

V. LA LIBERTAD DE EXPRESION Y LA PROTECCION DE LOS INTERESES PARTICULARES

1. La libertad de expresión y la vida privada: a. El alcance de la vida privada de las personas como límite de la libertad de expresión del pensamiento. b. La libertad de expresión y sus límites en el caso de la vida privada de las personas públicas o célebres: un caso especial de necesaria consideración. b.1. El criterio de nuestra doctrina. b.2 La jurisprudencia. 2. La libertad de expresión y el derecho a la propia imagen. 3. La libertad de expresión y el derecho al honor: a. La difamación y las injurias como delitos. b. El *ánimus difamandi e injuriani* como requisitos del delito y el *animus narrandi* como pretendido eximente. c. La responsabilidad penal de los editores, directores o gerentes de medios de comunicación por la publicidad de dibujos o escritos difamantes; c.1. Pretendidos fundamentos para la responsabilidad de: c.2. Criterio jurisprudencial venezolano: la inexistencia de responsabilidad por hecho ajeno. d. El vilipendio u ofensas a altos funcionarios.

VI. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y SU RELACION CON OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES

1. La libertad de expresión y la libertad económica. 2. La libertad de expresión y el derecho a la propiedad privada.

CONCLUSIONES

INTRODUCCION

La doctrina y la jurisprudencia -venezolanas y extranjeras- han tenido un papel decisivo en la determinación del alcance del derecho a la libre expresión, consagrado en el artículo 66 de nuestra Constitución -junto con las garantías que lo tutelan- en los siguientes términos:

«Todos tienen el derecho de expresar su pensamiento de viva voz o por escrito y de hacer uso para ello de cualquier medio de difusión, sin que pueda establecerse censura previa; pero quedan sujetas a pena, de conformidad con la ley, las expresiones que constituyan delito.

«No se permite el anonimato. Tampoco se permitirá la propaganda de guerra, la que ofenda la moral pública ni la que tenga por objeto provocar la desobediencia de las leyes, sin que por eso pueda coartarse el análisis o la crítica de los preceptos legales».

Este derecho tiene repetida consagración en nuestros textos constitucionales, aun cuando no ha sido siempre necesariamente respetado, constituyendo en ocasiones tan sólo simple retórica pretendidamente normativa. En este ensayo nos proponemos abordar -dentro del marco de una investigación sobre la comunicación impresa- el delicado tema de la libertad de expresión y sus límites como factor fundamental en el ejercicio de la comunicación social -por ser el arma del comunicador- y esencial en el Estado de Derecho, pues sin duda alguna es el que permite que la arbitrariedad -del Estado y de los particulares- no reine impunemente. Incluso, nos atreveríamos a sostener que la libertad de expresión, junto con el resto de las libertades individuales, y el derecho de acceso a la justicia y a la defensa son los pilares de una sociedad jurídicamente organizada.

Este trabajo lo hemos dividido en seis partes, dedicando la primera de ellas a la exposición de ciertas nociones básicas en el tema de la libertad de expresión; la segunda a la reseña de los medios principales de defensa judicial de ese derecho; la tercera a la quinta a la consideración de sus relaciones con los derechos de otras personas -Estado o particulares-; y la sexta la vinculación entre dicho derecho y otros que la Constitución también prevé a favor de quien se comunica. En concreto trataremos:

(I) En la primera parte revisaremos dos aspectos básicos en el estudio de las limitaciones genéricas a la libertad de expresión: (1) el criterio jurisprudencial sobre el carácter limitable de ésta y (2) el importantísimo estudio del alcance del derecho a la libre expresión del pensamiento en períodos de suspensión o restricción de garantías constitucionales, momentos en los que -por desafortunada ignorancia generalizada en la población y un -en ocasiones inconsciente y en otras deliberado- irrespeto a los derechos particulares por parte de los órganos estatales. Así, si bien la emergencia que justifica una situación de excepción como la planteada, permite al Ejecutivo adoptar medidas que usualmente le estarían vedadas, pero que son necesarias, deben analizarse los límites que el Estado tiene -porque los hay- en ese período, que impiden que, bajo el pretexto de una situación extraordinaria, se vulnere el Estado de Derecho.

(II) En la segunda parte, concluidas esas nociones básicas que permiten conocer el alcance de la libertad de expresión y sus límites más generales, hemos dedicado nuestra atención al comentario de los medios judiciales de los que dispone el particular que se ve lesionado en ella o que cree estarlo, sean comunicadores o no, sea por actuaciones estatales -como sería el caso usual- o de otros particulares. Veremos, sobre todo, el caso de la acción de amparo constitucional, recurso por excelencia para la protección de los derechos de tal rango y previsto en el artículo 49 del Texto Fundamental. Su ejercicio ante los atentados a la libertad de expresión ha sido constante, aunque a veces en forma infundada, dejando que la jurisprudencia se haya encargado de precisar cada vez más el alcance del derecho. En esta parte, también dentro de la figura del amparo constitucional, comentaremos el caso del *hábeas corpus* como una forma de recuperación de la libertad personal en casos en que por ejercicio de la libertad de expresión, se encarcela a una persona, como efectivamente ha sucedido en lamentables situaciones.

(III) En la tercera parte, nos detendremos en el análisis de un debatidísimo caso de limitación válida de la libertad de expresión y es el de las restricciones impuestas en áreas de la protección de intereses estatales, entre los que destaca el de la seguridad interna o externa. Veremos la justificación de la limitación en estos casos, pero a la vez la triste experiencia al momento de concebir tal seguridad imponiendo límites que van mucho más allá de los que la doctrina

o la jurisprudencia aceptarían. Así, tras conceptos como defensa o seguridad se esconden muchas veces inaceptables maniobras para limitar la libertad de expresión sin justificación alguna.

(IV) En la cuarta parte volveremos sobre los límites válidos del derecho, pero referidos ahora a la protección de intereses colectivos, en especial a la denominada moral pública, a la que hemos calificado en el trabajo como una noción básica -pues existe y es importante su protección, desde que se le concibe como un sentimiento generalizado en una determinada población- pero a su vez riesgosa, toda vez que -como en el caso expuesto en la tercera parte- terribles manifestaciones de intolerancia se esconden tras ella.

(V) En la quinta parte, y como última referencia en las limitaciones a la libertad de expresión, comentaremos las restricciones que se fundamentan en la protección de los intereses particulares, y no colectivos o estatales como en los casos precedentes. Figuras como la difamación, la injuria, el vilipendio o las ofensas a funcionarios -delitos en nuestra legislación- y derechos como el de la vida privada -aún en el caso de las personas célebres- y el honor y mantenimiento de la propia imagen, surgirán en esta sección de nuestro ensayo.

(IV) En la sexta parte nos dedicaremos al estudio de otros derechos de los particulares que guardan relación con la libertad de expresión, pero ahora no desde el punto de vista de aquél a quien se refiere la persona que se expresa, sino del propio comunicador. De esta forma, dos derechos son constantemente vinculados por quienes sostienen que se les vulnera en su libertad: la propiedad y la libertad económica, principalmente en el caso de comunicadores que tienen como empresa lucrativa -es decir, generadora de ganancias- a la comunicación (como dueños de diarios, periódicos, revistas, emisoras de radio o canales televisivos). Frecuentemente son estos dos derechos constitucionales los que se invocan -junto con el de la propia libertad de expresión- para solicitar protección judicial contra ataques particulares o estatales al ejercicio de esta última. El deslinde de estos derechos ha sido una tarea jurisprudencial que también reseñaremos.

Por último, realizada toda la exposición mencionada, enumeraremos nuestras conclusiones, entre las que destaca una afirmación que hemos dejado desprender desde estas líneas introductorias y que constituyen incluso parte

de nuestra dedicatoria: la relevancia de la libertad de expresión -para todos, pero ante nada para quienes hacen de ella su profesión: los comunicadores- y la importancia del respeto a los también derechos constitucionales de terceros que pueden verse afectados por la irresponsable o desconsiderada comunicación de ciertas ideas o hechos concretos que una persona tenga conocimiento.

Así, libre expresión y libre información son esenciales en un Estado de Derecho, pero el derecho de los terceros es igualmente de rango supremo y su respeto es una obligación. Conciliar ambas cosas ha sido labor de la doctrina y la jurisprudencia y es el tema de nuestro ensayo. Ambos aspectos deben ir juntos, pues olvidar uno de ellos implica un perjuicio en el otro como lo expon-dremos.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Nuestros tribunales, basados en la propia redacción del artículo 66 de la Carta Magna y en su concatenación con otros preceptos de idéntico rango constitucional, han considerado que la libertad de expresión no es absoluta sino que constituye un derecho relativo, que tiene limitaciones y restricciones, por lo que se hace necesario determinar su alcance para compatibilizarlo con otros derechos. En esta parte, como hemos adelantado, nos referiremos a dos aspectos: la posibilidad de limitaciones a la libertad de expresión en períodos que podemos calificar como ordinarios o de normalidad y las restricciones que pueden ser impuestas en momentos de excepción o extraordinarios, como los existentes cuando el Presidente de la República, en ejercicio de facultades que se le confieren, decide suspender o restringir las garantías constitucionales. Además, en este segundo caso enfocaremos el tema desde la óptica de las propias limitaciones que tiene el Estado, pues ni en una situación de emergencia, la arbitrariedad debe ser permitida.

1. La libertad de expresión como derecho limitado

Como lo expresa Allan *Brewer-Carias* dentro de las limitaciones a la libertad de expresión «es evidente que tienen la mayor importancia aquellas que inciden sobre el contenido de la información, y que implican una acción reguladora

del Estado, generalmente dispersa en diversas leyes especiales»¹. La mayor parte de nuestros autores han considerado que las limitaciones a esta libertad tienen su origen en la necesidad de asegurar la veracidad de las informaciones; en la necesidad de limitar y prohibir las que puedan atentar contra la seguridad nacional, el orden público, el orden judicial y la moral pública; y en la necesidad de limitar las que puedan atentar contra los derechos de la personalidad o que puedan ser difamatorias o injuriosas².

La jurisprudencia venezolana también ha considerado ciertos aspectos de la libertad de expresión que merecen una clara definición, por estar involucrados otros derechos constitucionales o basarse sobre conceptos jurídicos indeterminados que ameritan el establecimiento de su sentido concreto. En esta forma, en la mayoría de las decisiones judiciales, principalmente de la Corte Suprema de Justicia, se ha concluido que este derecho no es absoluto sino que, al contrario, está sometido a ciertas limitaciones que tienen justificación teórica en los propios fines del Estado. La jurisprudencia que reseñaremos, aunque hemos intentado centrar nuestros comentarios a la libertad de expresión en cuanto a la comunicación impresa, ha surgido en casos de demandas en materia de telecomunicaciones. Sin embargo, los principios son exactamente los mismos, por lo que las conclusiones que se mencionen son perfectamente aplicables a cualquier caso.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido en varias oportunidades que cuando se trata del ejercicio de la libertad de expresión, el derecho se encuentra limitado por diferentes razones. Por ejemplo, ha dicho la Corte que si bien tal libertad de expresión «constituye un derecho fundamental del Estado democrático», debe «observarse sin embargo que, como la mayoría de ellos, no es un derecho absoluto ni exento de limitaciones o restricciones», previéndose en el propio artículo 66 de la Constitución que determinadas expresiones «pueden constituir delito y quedar por tanto sujetas a pena o sanciones»³.

¹ Véase Allan Brewer-Carías, «Limitaciones a la Libertad de Información en el Derecho Comparado» en: *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 47, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, p. 27.

² Al respecto, puede verse a Allan Brewer-Carías, *ob. cit.*, p. 27 y Alejandro Fuenmayor Espina, «La Revolución de la Teletécnica y la Libertad de Información» en: *El Derecho Venezolano en 1982*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, pp. 537 y ss.

³ Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 26-04-93, publicada en la misma fecha, con ponencia del Magistrado Luis Henrique Fariás Mata, p. 11. Los criterios esbozados en esta sentencia fueron ratificados íntegramente en sentencia de la misma sala, con ponencia de mismo magistrado, de fecha 28-04-93 (Caso Venevisión-Cheverísimo v. MTC).

Ha determinado el Alto Tribunal que:

«Estas limitaciones a la libertad de expresión se demuestran, aún más patentemente, en las reglas que regulan el funcionamiento de los medios de comunicación masivos como la televisión- ya que, como instrumentos poderosísimos de influjo en la opinión pública y cuyo mensaje llega al administrado aún sin proponerse a oírlo, ejercen una gran influencia sobre la colectividad, condicionando en gran medida el comportamiento de ésta. Así, no sólo es perfectamente admisible, sino además conveniente y necesario para garantizar la propia libertad de pensamiento, la existencia de determinados cuerpos legales que, en resguardo del orden y de las buenas costumbres, contemplan determinadas limitaciones o restricciones (...)»⁴.

Puede notarse como la Corte Suprema de Justicia ha destacado el carácter limitable de la libertad de expresión y se fundamenta para tal afirmación en el resguardo de ciertos derechos o intereses particulares o colectivos, que el Estado está obligado a tutelar y que son de igual relevancia. En particular, en casos en que se ha ordenado la suspensión de programas televisivos por violación de norma sobre la materia y se ha denunciado la práctica de censura previa, se ha sostenido que:

«(...) resulta evidente (...) que no se ha producido la censura previa denunciada (...) sino la imposición de una sanción posterior, considerada conforme a derecho por el Ministro de Transporte y Comunicaciones, según su decir; pero, en todo caso, derivada de programas transmitidos con anterioridad»⁵.

Entonces, para nuestro Máximo Tribunal, la sanción de suspensión de un programa de televisión no constituye censura previa ya que el Estado no sanciona por el contenido específico de ese programa que se va a transmitir, sino por el programa transmitido, con lo que admite la censura posterior, a fin de que el Estado pueda ejercer sus facultades de control y vigilancia de los medios de comunicación. De esta forma, se acepta tal control posterior, aunque el artículo 66 de la Constitución prohíba la censura previa.

⁴ Véase sentencia citada de fecha 26-04-93, p. 11.

⁵ Véase sentencia citada de fecha 26-04-93, p. 13.

En otra ocasión, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

«(...) la libertad de expresión, como todo derecho civil, es limitada: aunque, conforme a nuestra normativa, no puede estar sometida a censura previa; sin embargo, sí puede quedar sometida a censura posterior, conforme al principio general de que: <Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y el orden público y social> (Artículo 43 de la Constitución)»⁶.

Algo similar dijo la Corte cuando expresó que:

«Cabe, así, la orden de retirar de la circulación un libro injurioso, aunque no pueda revisarse antes de que salga a la circulación el primer ejemplar, ni las pruebas de imprenta. También puede ser suspendida la emisión de un programa en un medio de radiodifusión, si ha resultado contrario a la moral pública por ejemplo. Es así mismo legalmente concebible que los autores de libros o programas resulten penados, conforme también, por ejemplo, a los artículos 382, 383, 444, 447, 455 del Código Penal. Por último, algunas expresiones no pueden ser difundidas: las que ofenden la moral pública, entre otras»⁷.

La prohibición de censura previa es verdaderamente una garantía de la libertad de expresión, que incluso puede entenderse como un derecho autónomo, porque, de no existir tal disposición, la libre expresión no pasaría de ser una mención carente de valor en el texto constitucional. No obstante tal prohibición no abarcaría -jurisprudencialmente- la censura posterior, motivo por el que el Estado puede ejercer las facultades que le permite la Constitución y la ley para salvaguardar otros derechos constitucionales y el orden público.

⁶ Véase sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 1° de agosto de 1991, publicada en la misma fecha, pp. 12-13.

⁷ Véase sentencia de fecha 26-04-93, p. 13. Consultada en original.

2. Caso de las limitaciones a la libertad de expresión en época de suspensión o restricción de garantías constitucionales

El ordinal 6° del artículo 190 de la Constitución de la República permite al Presidente suspender y restringir las garantías constitucionales, «en caso de emergencia, de conmoción que pueda perturbar la paz de la República o de graves circunstancias que afecten la vida económica y social». Esta posibilidad, hasta hace algunos años, poco significado tenía en la vida de los venezolanos, pero a partir de 1989, la suspensión o restricción de garantías constitucionales ha sido una realidad y es una facultad que ha sido ejercida en varias oportunidades por el Presidente de la República. Sin embargo, pese a su frecuente utilización en la presente década, no está claro en los ciudadanos, ni el Poder Ejecutivo mismo, cuál es el significado verdadero de tal figura, lo que evidentemente es un peligro inaceptable.

Ante todo, debemos destacar que se trata de la suspensión o restricción de las garantías constitucionales y no de los derechos mismos, lo que constituye una gran diferencia, no siempre captada, siendo común el que cuando se han dictado los decretos de suspensión o restricción de las garantías constitucionales, se ha divulgado que se han suspendido los derechos, a pesar de no ser ello cierto. Sostener que se suspende el derecho implica aceptar su momentánea desaparición, cuando en realidad él continúa existiendo aunque garantizado en una forma distinta. Ello no puede nunca olvidarse.

Como lo apunta *Brewer-Carías*, de nada valdría que la Constitución declare y consagre los derechos fundamentales, si el propio texto no estableciera la garantía de los mismos, es decir, la forma de asegurar y proteger los derechos de manera que su goce y disfrute sea efectivo⁸. Por ello insistimos en la diferencia entre los derechos y las garantías para poder entender a cabalidad cuál es el verdadero alcance de una suspensión o restricción de las últimas. La asimilación entre derechos y garantías constitucionales que «una identidad entre ambos conceptos» se encuentra incluso en el Diccionario de la Lengua Española⁹. El Presidente de la República puede, entonces, suspender o

⁸ Véase Brewer-Carías, Allan R., «Consideraciones sobre la Suspensión o Restricción de las Garantías Constitucionales», en: *Revista de Derecho Público*, N° 37 (Enero-Marzo 1989), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 5.

⁹ *Idem*.

restringir las garantías pero no puede hacer lo mismo respecto a los derechos en sí mismos.

Las garantías constitucionales, definidas por *Brewer Carías*, «constituyen los principios y mecanismos que la propia Constitución establece para asegurar y proteger los derechos declarados en la misma, y ellas básicamente son: el principio de la reserva legal en materia de regulación y limitación de los derechos, el principio de la nulidad de los actos que violen o menoscaben los derechos; el principio de la responsabilidad de los funcionarios que los ejecuten, y la previsión del control judicial de los actos y acciones u omisiones que lesionen los derechos»¹⁰.

La garantía constitucional a la reserva legal -que es lo que nos interesa fundamentalmente- implica que los derechos constitucionales solamente pueden ser regulados y limitados por leyes, de manera que el Poder Ejecutivo no puede ni regular ni limitar tales derechos, a menos que exista una ley que así lo haya previsto expresamente. Entonces, sólo las Cámaras Legislativas podrían regular o limitar nuestros derechos constitucionales, salvo tres casos de excepción.

En primer lugar, el Presidente de la República en Consejo de Ministros puede dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial (artículo 190, ord. 8º, de la Constitución). En virtud de esta autorización constitucional y de la habilitación legislativa por ley especial, el Presidente de la República podría dictar decretos con rango de ley que limiten y regulen las libertades públicas. Esto sucedió durante los gobiernos de Rómulo Betancourt en 1961, el primer gobierno de Carlos Andrés Pérez en 1974 y en 1984 durante el gobierno de Jaime Lusinchi.

La segunda excepción a la garantía de la reserva legal, puede suceder cuando el Presidente de la República en Consejo de Ministros decreta en caso de urgencia comprobada, durante el receso del Congreso, la dotación y creación de nuevos servicios públicos, o la modificación o supresión de los existentes,

¹⁰ Brewer-Carías, *Consideraciones... cit.*, p. 6.

previa autorización de la Comisión Delegada (artículo 190, ordinal 11, de la Constitución). En virtud de esta autorización constitucional y de la autorización legislativa de la Comisión Delegada, el Presidente de la República podría dictar decretos con rango de ley que puedan limitar y regular las libertades públicas, particularmente las de carácter económico, al declarar, por ejemplo, ciertas actividades como servicios públicos, de lo que se derivan importantes consecuencias.

En tercer lugar, la potestad del Congreso de regular y limitar los derechos constitucionales puede ser compartida con el Poder Ejecutivo cuando el Presidente de la República suspende o restringe las garantías constitucionales mediante decreto. En este caso, la suspensión o restricción de las garantías constitucionales amplía las competencias del Poder Ejecutivo y le permite regular y limitar los derechos constitucionales cuyas garantías hayan sido suspendidas o restringidas. Ahora, la suspensión o restricción de las garantías constitucionales es una facultad extraordinaria que tiene el Presidente de la República en circunstancias verdaderamente excepcionales, en la medida y por tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación o estados de excepción. Sobre el particular, Hildegard Rondón de Sansó comenta que:

«Las normas constitucionales que rigen la organización y funcionamiento de los poderes públicos, así como el régimen de las garantías jurídicas de los ciudadanos, deben prever la ruptura de la normalidad, esto es, el desajuste temporal del sistema, derivado de las múltiples y eventuales circunstancias que pueden afectar su desarrollo, a los fines de establecer un sistema específico para tales situaciones. Es la regulación de la anormalidad y, obviamente, desde su perspectiva»¹¹.

Según Rondón de Sansó, los estados de excepción poseen «una naturaleza temporal, es decir, limitada en el tiempo» y en ellos «está presente el reforzamiento del Poder Ejecutivo, para ensanchar su competencia»¹². Sin embargo, pese a su carácter excepcional, el artículo 240 de la Constitución establece que la suspensión o restricción de las garantías constitucionales «no

¹¹ Véase Rondón de Sansó, Hildegard, *Los Estados de Excepción en el Derecho Venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 19.

¹² *Idem*.

interrumpe el funcionamiento ni afecta las prerrogativas de los órganos del Poder Nacional», por lo cual las Cámaras Legislativas y los Tribunales de la República pueden seguir ejerciendo sus facultades constitucionales, aun cuando, en criterio de Brewer-Carías, la suspensión o restricción de garantías constitucionales «sí podría afectar el funcionamiento de los órganos que ejercen el Poder Estatal o Municipal»¹³.

La facultad del Presidente de la República de suspender o restringir las garantías constitucionales, debe ser ejercida mediante decreto dictado en Consejo de Ministros y no está exenta de los controles de otros órganos del Estado ya que el decreto que ordena la suspensión o restricción de las garantías constitucionales debe ser sometido a la consideración de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta o de la Comisión Delegada, en caso de receso de aquéllas, dentro de los diez días siguientes a su publicación, conforme lo pauta el artículo 242 de la Constitución. Por ello, a pesar de tratarse de una medida ejecutiva, los órganos que ejercen el Poder Legislativo podrían decidir revocar el decreto, al cesar las causas que lo motivaron, motivos éstos que deben estar expresados en el decreto de suspensión o restricción de garantías constitucionales, como única forma de ejercer el control.

Ahora bien, no todas las garantías pueden suspenderse o restringirse. De acuerdo con lo expresado por el artículo 241 de la Constitución, no pueden suspenderse ni restringirse la garantía de la inviolabilidad de la vida y a no ser condenado a la pena de muerte (artículo 58); la garantía a no ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causan sufrimiento físico o moral (artículo 60, ordinal 3°); la garantía a no ser condenado a penas perpetuas infamantes o a penas restrictivas de la libertad mayores de treinta años (artículo 60, ordinal 7°). Salvo estas garantías, el referido artículo 241 establece que el Presidente de la República puede suspender o restringir todas las demás garantías constitucionales o algunas de ellas, en todo o en parte del territorio nacional.

Como bien lo apunta Brewer Carías, a la lista de excepciones previstas en la Constitución, de garantías constitucionales que no pueden ser afectadas por

¹³ Brewer Carías, Allan R. *Consideraciones...*, cit., p. 10.

un decreto de suspensión o restricción, «deben agregarse otros supuestos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es Ley de la República, y que son los siguientes: la suspensión no puede entrañar discriminaciones, ni puede afectar las garantías a no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales, a la irretroactividad de la ley en materia de condenas penales, al reconocimiento de la personalidad, a la libertad religiosa y a no ser sometido a esclavitud o servidumbre»¹⁴.

A dicha enumeración deben agregarse además, en criterio de Brewer-Carías, «los otros supuestos previstos en la Convención Americana de los Derechos Humanos, que también es Ley de la República, y que son los siguientes: las garantías a la integridad personal, al principio de legalidad e irretroactividad, a la protección de la familia, a los derechos del niño, a la no privación arbitraria de la nacionalidad y al ejercicio de los derechos políticos, al sufragio y al acceso a las funciones públicas»¹⁵.

El régimen del Estado de Derecho que rige en situaciones normales, sólo puede verse afectado en situaciones excepcionales, dentro del marco de las previsiones que la propia Constitución establece, cuando el Presidente de la República en Consejo de Ministros decide restringir o suspender las garantías constitucionales, y ello sólo puede ocurrir en tres circunstancias: en primer lugar, cuando se declara el Estado de Emergencia por situaciones de guerra; en segundo lugar, en caso de conmoción que pueda perturbar la paz de la República; y en tercer lugar, en caso de graves circunstancias que afecten la vida económica y social de la Nación.

Según lo expuesto, la suspensión o restricción de las garantías constitucionales solamente la permite la Constitución en situaciones excepcionales, de verdadera emergencia y conmoción. Son estados de excepción, como indicamos. Por ello, cuando el Presidente de la República suspende o restringe una o varias garantías constitucionales, posteriormente debe dictar las normas que regulen o limiten los derechos constitucionales, ya que estos derechos siguen existiendo,

¹⁴ Idem.

¹⁵ Brewer-Carías, *Consideraciones...* cit., pp. 10 y 11.

afectándose únicamente su garantía. Estas normas, en principio, solamente tendrán vigencia durante las circunstancias excepcionales y temporales de la suspensión o restricción

Las circunstancias en las que la Constitución permite que el Presidente de la República suspenda o restrinja las garantías constitucionales, son momentos difíciles que no permiten esperar que las Cámaras Legislativas actúen, como sucedería en circunstancias normales, ya que constitucionalmente ellas deben cumplir con un proceso de formación de leyes que toma largo tiempo. Por ello, la Constitución consideró que lo recomendable era que la situación de hecho fuese controlada por el Poder Ejecutivo a través de decretos-leyes.

De manera que no es concebible que el Presidente de la República suspenda o restrinja las garantías constitucionales y luego no regule los derechos involucrados. Justamente el motivo de la suspensión o restricción de las garantías constitucionales, y con esto la suspensión de la reserva legal, es la necesidad de normas inmediatas que ayuden a controlar las circunstancias excepcionales que dieron lugar a la restricción o suspensión, las que no permiten esperar la actuación del Congreso de la República, sino que exigen la producción inmediata de normas, lo cual sólo puede hacer el Presidente de la República. Es lo que afirma Carlos Ayala Corao cuando señala que «suspendida la garantía de la reserva legal, lo procedente por ante el Ejecutivo Nacional, era que las limitaciones y regulaciones a los derechos correspondientes, fueran establecidos mediante decreto con rango y valor de ley, dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros»¹⁶.

Sin embargo, en la práctica no ha sido así. En las tres últimas oportunidades en las que en Venezuela se han suspendido o restringido las garantías constitucionales, el Presidente de la República, una vez dictado el Decreto de Suspensión o Restricción, no reguló los derechos constitucionales involucrados,

¹⁶ Véase Ayala Corao, Carlos. «La inseguridad jurídica ocasionada por las regulaciones militares a las garantías constitucionales suspendidas» en: **Revista de Derecho Público**, N° 37 (Enero-Marzo 1989). Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 30. Se refiere Ayala al caso concreto de la suspensión de garantías en el año 1989 con ocasión de los disturbios sociales del mes de febrero.

salvo en lo que respecta al derecho a libre tránsito, en el que una vez suspendida su garantía, el Ejecutivo Nacional ha procedido a establecer el denominado «Toque de Queda». Observa Brewer Carías, que si se analizan las diferentes Gacetas Oficiales posteriores a la suspensión, se verá que en ellas «no aparece publicado ni un solo decreto o resolución (...) en el cual se hubiese establecido alguna regulación, limitación o régimen relativo al ejercicio de los derechos cuyas garantías fueron suspendidas»¹⁷. Afirma Brewer-Carías que ello representa «un asombroso desprecio y rechazo al orden jurídico», mientras que «el gobierno actuó como si se hubiera 'suspendido' el propio Estado de Derecho»¹⁸.

Algo similar expone Carlos Ayala Corao cuando dice que, en la suspensión del año 1989 se pretendió sustituir los decretos leyes por resoluciones ministeriales, como si ello fuera válido¹⁹. Esta realidad que retratan Brewer-Carías y Carlos Ayala no solamente se presentó en la oportunidad de la suspensión de las garantías constitucionales en 1989, sino también cuando se suspendieron en febrero y noviembre de 1992, a raíz de sendos intentos de Golpes de Estado. Tampoco en esas ocasiones se regularon los derechos cuyas garantías fueron suspendidas y el gobierno pensó que el Estado de Derecho también estaba suspendido, inclusive para los derechos cuyas garantías jamás pueden suspenderse, lo que es grave.

Al decretarse la suspensión y no regularse nada al respecto, lo que dio lugar fue a la arbitrariedad de los funcionarios. Como lo expresa Brewer Carías, nada «se decretó, nada se reguló, nada se dijo, y los funcionarios hicieron lo que les dio la gana, aún en casos innecesarios, en donde ni siquiera el elemental principio de la proporcionalidad fue respetado»²⁰. En lo que respecta a los derechos, no se dictó su regulación o limitación, porque el Gobierno Nacional consideró que la suspensión o restricción era de los derechos en sí mismos y no solamente sus garantías.

¹⁷ Brewer Carías, Alan R., *Consideraciones... cit.*, p. 21.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Ayala Corao, Carlos, *ob. cit.*, p. 30.

²⁰ Brewer Carías, Allan R., *Consideraciones, cit.*, 21.

En el caso concreto de la libertad de expresión, cuya garantía fue suspendida o restringida en las tres oportunidades mencionadas, posteriormente el Decreto de suspensión o Restricción no hubo regulación del mismo sino que el gobierno, pensando que ya no existía el derecho, por lo menos durante la suspensión o restricción, se encargó de controlar y censurar de hecho a los medios de comunicación social, especialmente la prensa, estableciendo lo que en ese momento se denominaron «los censores». En cada uno de los periódicos venezolanos existió una persona enviada por el Gobierno Nacional, quien decidía qué noticias iban a ser publicadas en el periódico respectivo.

Los medios de comunicación social en protesta ante este hecho, decidieron dejar en blanco los espacios del periódico en el que iban a publicar la noticia censurada y durante varios días, los periódicos venezolanos aparecieron con grandes espacios en blanco por la referida protesta. Esto en un Estado de Derecho no puede producirse porque las limitaciones y restricciones ejecutivas derivadas de una suspensión o restricción de garantías, deben establecerse formalmente y los censores nunca aparecieron en la Gaceta Oficial como una autoridad creada por el Ejecutivo Nacional para limitar el derecho de la libertad de expresión sino que fue, simplemente, una situación de hecho, muy alejada, por cierto, del derecho.

Si bien el Ejecutivo Nacional amplía sus facultades reguladoras de los derechos constitucionales durante el período de suspensión o restricción de garantías constitucionales, estas potestades deben ejercerse, como lo dice Brewer-Carías, «conforme al marco legal del Estado de Derecho, que no se extingue ni con la suspensión ni con la restricción»²¹, y agregamos nosotros, no suspende el derecho sino la garantía, que no es lo mismo.

En criterio de Brewer-Carías, la suspensión a la garantía relativa a la libertad de expresión sin censura previa, «podría implicar el establecimiento de la censura previa a los medios de comunicación, pero no implicó que el derecho, en sí mismo, estuviera suspendido»²². No estamos de acuerdo con esta afirmación.

²¹ Brewer Carías, *Consideraciones...*, cit., p. 13.

²² Brewer-Carías, *Consideraciones... cit.*, p. 20.

La suspensión de la garantía de la libertad de expresión, como lo hemos dicho tantas veces, no implica la suspensión del derecho, en el cual está implícita la prohibición de la censura previa, de manera que sería un exceso si el Ejecutivo Nacional pretendiera, durante un período de suspensión de la garantía constitucional de la libertad de expresión, establecer de derecho la censura previa, lo cual de hecho sucedió. Este decreto-ley sería a todas luces inconstitucional porque estaría excediéndose en las facultades de regulación del derecho.

Sin embargo, las suspensiones de garantías han incidido sobre la prohibición a la censura previa a la libertad de expresión del pensamiento y como dice Brewer Carías «ello en efecto sucedió, pero por los canales informales de la Oficina Central de Información que el ciudadano común no conoció, pues nada se decretó ni se resolvió formalmente, con la consiguiente inseguridad, incluso para los medios de comunicación sobre lo que podían o no podían informar, y las consiguientes sanciones que podían ser impuestas»²³.

En situaciones normales, el Congreso de la República no puede establecer la censura previa porque está prohibida por la Constitución, de manera que en la situación excepcional de una suspensión de garantías, tampoco podría el Ejecutivo Nacional establecerla, ya que la única diferencia entre una y otra situación es que en la primera sólo las Cámaras Legislativas pueden regular y limitar el derecho de acuerdo con la Constitución y en la segunda situación, además de las Cámaras, puede hacerlo el Presidente de la República, de acuerdo también con la Constitución. En uno y otro caso, la censura previa está prohibida, no pudiendo creerse que el Presidente puede hacer más de lo que el legislador tiene permitido.

En fin, la libertad de expresión es limitable tanto en períodos de normalidad como en períodos de emergencia, en los cuales se encuentre suspendida o restringida su garantía. las limitaciones a imponer deben ser las mismas que el legislador ordinario puede establecer, sin que pueda pretenderse que el

²³ Brewer Carías, *Consideraciones...*, cit., 21.

ejecutivo goza de facultades extraordinarias -más allá de la posibilidad de legislar- que le permitan limitar o restringir el derecho en una forma en la que ni el Congreso podría hacerlo, como es el caso de la censura previa.

II. LA PROTECCION JUDICIAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y LA FIGURA DEL AMPARO CONSTITUCIONAL COMO MEDIO INMEDIATO DE TUTELA

Contamos en nuestra legislación, específicamente en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con una serie de recursos judiciales que permiten al ciudadano atacar cualquier acto del Estado que pueda estar viciado de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad. También se prevé la posibilidad de acceder los tribunales de justicia a través de la denominada acción de amparo, por medio de la cual cualquier persona pueda proteger sus derechos y garantías constitucionales, frente al Poder Público o un particular, y está regulada en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Cuando un acto viola la libertad de expresión se puede intentar un recurso de anulación, que apareja un largo procedimiento. Igualmente, si un texto normativo prevé una disposición que viola o amenaza violar ese derecho, procede la acción de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia. Ahora bien, en ninguno de estos casos, a pesar de ser fundamentales en el Estado de Derecho por dirigirse a extinguir los efectos de los actos impugnados a través de la declaratoria de nulidad, no existe solución inmediata, a diferencia del amparo constitucional que, como medio de restablecimiento urgente de las situaciones jurídicas constitucionales infringidas, procura la solución inmediata de la violación o amenaza, aunque no tiene los efectos anulatorios que si ostentan los otros.

A continuación nos referiremos a tal forma de protección contra la actuación privada y pública que limiten indebidamente o cercenen totalmente el derecho a la libre expresión del pensamiento. Luego, comentaremos dos conocidos casos de nuestra realidad -conocidos como Olavarría y Revista Resumen- en

los que la figura del *hábeas corpus* -especial clase de amparo- fue de suma utilidad para resolver un problema que ya reseñaremos.

1. La acción de amparo constitucional y otros medios de protección de derechos

Si bien las violaciones constitucionales emanan en gran número de los órganos del Poder Público, también hay muchos casos en los que los particulares son sujetos activos de la violación y en consecuencia, contra ellos es procedente la acción de amparo²⁴. Al respecto, la jurisprudencia ha dejado establecido lo siguiente:

«Este criterio de la evolución jurisprudencial, implica la admisión del principio de que las garantías consagradas en la Constitución y en el Pacto de Derechos Humanos se erigen en limitantes tanto para la actividad pública como para la conducta emanada de un particular que transgrede esas limitaciones, indudablemente que se traduce en una lesión a la respectiva garantía constitucional. En otras palabras, el Amparo no se ofrece exclusivamente como medio de protección en función de la cualidad del agresor, sino en relación al objeto de la agresión: de esa manera el sujeto activo lo encarnará todo aquel que incurra en una violación de las señaladas, independientemente de su condición»²⁵.

De manera que no queda circunscrita a las diversas ramas del Poder Público, bien sea nacional, estatal o municipal, la llamada cualidad transgresora, «particularizada en las condiciones inherentes al sujeto, sino al objeto mismo de la agresión»²⁶, sino que el sujeto activo de la violación constitucional puede ser el Estado, a través de cualquiera de sus órganos y personas jurídicas, o un ente privado, «siempre y cuando el bien jurídico tutelado sea un derecho o una garantía constitucional»²⁷.

²⁴ Este punto es desarrollado por Argenis Daza en su artículo «Los Delitos de Expresión y la Protección del Derecho desde la Vertiente Ética en *Revista Comunicación*, N° 77 (3er. trimestre 1992) Caracas, 1992, p. 80.

²⁵ Véase sentencia del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 17-08-1987, citada por Argenis Daza, *ob. cit.*, p. 81.

²⁶ Véase Argenis Daza, *ob. cit.*, p. 81.

²⁷ *Idem.*

Hemos adelantado que los recursos de anulación son de larga tramitación, a diferencia del amparo, pero hemos también afirmado que sus efectos restablecedores son distintos: en un caso son anulatorios y en la otra no. Ahora, el amparo en Venezuela puede ser ejercido como una acción autónoma, es decir, dirigida únicamente a proteger un derecho constitucional, evitando que el acto de que se trate se aplique en forma definitiva a una persona, o como una medida cautelar en forma conjunta con un recurso de nulidad contra un acto administrativo, en cuyo caso ya el amparo no es autónomo sino accesorio al recurso de nulidad y no busca la desaplicación del acto en forma definitiva, sino suspender sus efectos, siempre que haya una presunción grave de violación del derecho constitucional, hasta que el recurso de nulidad sea decidido por el tribunal respectivo.

Tal previsión de la cautelaridad del amparo es de gran importancia, pues en virtud del principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, éstos tienen efectos inmediatos frente al destinatario²⁸ y la ejecución forzosa de los mismos puede ser realizada por la propia Administración «salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial»²⁹.

Por eso, la orden de suspensión de los efectos de un acto administrativo es esencial para el afectado a través del amparo³⁰ -que para muchos no constituye una acción en sí misma- o por la vía prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia³¹ en la que no se exige la presunción grave de la violación de un derecho constitucional -como el de la libertad de expresión- sino que se demuestre que la suspensión es indispensable «para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación» por la sentencia definitiva³². Igualmente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos prevé la suspensión de los efectos de un acto «en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto»³³. Por último, con fundamento en el Código de Proce-

²⁸ Véase artículo 8° Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

²⁹ Véase artículo 79 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

³⁰ Véase artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

³¹ Léase artículo 136.

³² Véase artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

³³ Véase artículo 87 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

dimiento Civil, pueden suspenderse los efectos del acto administrativo objeto de un recurso de nulidad, a través de las llamadas medidas cautelares innominadas³⁴, que permiten al juez la referida suspensión, aun cuando la parte recurrente no la haya solicitado.

Son, pues, varios los medios judiciales con que cuentan los particulares para defender sus derechos, entre ellos el de la libre expresión. Dependerá de la necesidad del accionante y de las pruebas que tenga, intentar una acción de amparo -de inmediata concesión- o un recurso de anulación del acto inconstitucional. Además, en este último caso hemos determinado que también puede el particular solicitar una protección cautelar a su libertad de expresión, mientras dure el juicio, con lo que -de resultar en definitiva victorioso- obtiene una doble ventaja: la suspensión temporal del acto lesivo y la anulación definitiva del mismo.

2. El hábeas corpus como figura especial del amparo constitucional en casos de privación de libertad por pretendidos excesos en el ejercicio de la libertad de expresión

Durante el período constitucional 1979-1984, se produjeron en Venezuela una serie de hechos dignos de destacar, que tienen incidencia en la libertad de expresión. En diciembre de 1978, el editor Jorge Olavarría, fue objeto de un auto de detención por la comisión del delito de ofensa e irrespeto al Presidente de la República, previsto en el artículo 148 del Código Penal, por haber publicado un editorial en el cual denunciaba ciertos hechos supuestamente cometidos por el entonces Presidente Carlos Andrés Pérez. Esto ameritó que Olavarría, alegando ser un perseguido político, solicitara protección en el Nuncio Apostólico de Caracas y luego de obtener el salvoconducto, se fue a Estados Unidos de América, hasta el mes de junio de 1979, cuando fue indultado por el Presidente Herrera.

Sin embargo, en el año 1983, contra Olavarría fue dictada Orden de Arresto, por el Gobernador del Distrito Federal, Sr. Rodolfo José Cárdenas, por 15

³⁴ Véase artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

días, la cual incluía a los directores de las revistas *Auténtico* y *Zeta*, Amable Rosales y Rafael Poleo, respectivamente, porque en la revista *Resumen*, y por supuesto en *Auténtico* y *Zeta*, fueron publicadas imágenes que, en criterio de este funcionario, ofendían gravemente al Libertador Simón Bolívar y «la dignidad y el decoro del ciudadano Presidente de la República, primera autoridad civil y política del Distrito Federal, como de las Fuerzas Armadas Nacionales»³⁵. Esto a raíz de que en la edición N° 488 de la revista *Resumen* se publicó en su portada la foto de un billete de cien bolívares «con magulladuras devaluacionistas a que lo ha sometido el actual gobierno»³⁶. Paradójicamente, el Sr. Rodolfo José Cárdenas fue columnista por muchos años de la revista «*Resumen*».

Este hecho dio lugar a uno de los acontecimientos más increíbles de la historia institucional venezolana ya que efectivos de la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención del Ministerio de Relaciones Interiores (DISIP) irrumpieron en la sede del Ministerio Público y contra la voluntad del entonces Fiscal General de la República, Pedro José Mantellini González, detuvieron a Jorge Olavarría en el propio Despacho del Fiscal General, sin ninguna orden judicial de allanamiento y lo trasladaron a un Comando de la Policía Metropolitana.

A raíz de este hecho, el Fiscal General de la República solicitó Información de nudo hecho contra el Gobernador del Distrito Federal y el Director de la DISIP, Sr. Remberto Uzcátegui Bruzual, además de los funcionarios de este último cuerpo «que el día 10 de marzo del corriente año, allanaron en forma arbitraria e ilegal, uniformados y portando armas de guerra, la sede de este despacho»³⁷. Igualmente, el Fiscal General de la República introdujo el día 21 de marzo de 1983, una demanda de nulidad por inconstitucionalidad del ordinal 6° del artículo 13 de la Ley Orgánica del Distrito Federal, así como del

³⁵ Véase «Jorge Olavarría fue detenido en la Fiscalía General de la República» en: *Revista Resumen*, N° 489, de fecha 20-3-83, p. 3

³⁶ Véase «La orden de arresto contra Jorge Olavarría es un atropello a las libertades democráticas», en: *Revista Resumen*, N° 489, del 20-3-83, p. 8.

³⁷ Véase «El allanamiento de la Fiscalía General constituye violación del Estado de Derecho», en: *Revista Resumen*, N° 490, del 27-03-83, p. 19.

ordinal 2º del artículo 18 y del artículo 23 de la misma Ley, en los cuales se basó el Gobernador del Distrito Federal para dictar la orden de arresto, «a fin de eliminar la vigencia formal que en el futuro pueda dar origen a casos como el narrado»³⁸.

El día 11 de marzo de 1983, el Juez Tercero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda declaró que el gobernador del Distrito Federal, al imponer al ciudadano Jorge Olavarria arresto por quince días, infringió la Constitución, ya que solamente puede hacerlo hasta por ocho días y consecuentemente declaró procedente el mandamiento de *hábeas corpus* solicitado a favor de este ciudadano. Sin embargo, pese a este mandamiento, el Dr. Olavarria fue sacado de su original celda en el Destacamento de la Policía Metropolitana en la Zona 2 de Catia y trasladado al Destacamento N° 7 de la misma policía en Petare, en donde el Prefecto del Distrito Sucre dictó otra medida de arresto contra Jorge Olavarria pero esta vez por 52 días.

Posteriormente, el 16 de marzo de 1983, el Juez Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de Caracas, Dr. Cesáreo Espinal Vásquez, declaró con lugar el recurso de nulidad interpuesto por el abogado Morris Sierralta, en representación del Sr. Rafael Poleo, contra la Resolución N° 103 del Gobernador del Distrito Federal de fecha 8 de marzo de 1983, que había ordenado el arresto de los mencionados editores, lo que produjo la libertad de Rafael Poleo, director de la Revista Zeta. Amable Rosales -el otro afectado- ya había recuperado su libertad a través de un *hábeas corpus*.

Hemos visto, a través de estos sonados casos, la importancia que reviste la figura del *hábeas corpus* para la protección de la propia libertad personal, cuando, ejerciendo válidamente el derecho a la libre expresión, la autoridad resuelve privar a la persona de aquélla. Esta clase de amparo constitucional obviamente amerita mayor celeridad.

³⁸ Idem.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESION Y LA PROTECCION DE LOS INTERESES DEL ESTADO: LOS DENOMINADOS SECRETOS DE ESTADO

Como lo expresa Fuenmayor Espina³⁹, en todos los casos en que pueda verse comprometida la seguridad y soberanía de la Nación, se exige la intervención del Estado, la cual puede traducirse en una limitación a la libertad de expresión. En ese sentido, el Código Penal castiga con presidio de siete a diez años cualquiera que indebidamente y con perjuicio de la República, haya revelado los secretos políticos o militares concernientes a la seguridad de Venezuela, bien sea comunicando o publicando los documentos, datos, dibujos, planos u otras informaciones relativas al material, fortificaciones u operaciones militares, bien sea diafanizando de otra manera su conocimiento. Por su parte, el Código de Justicia Militar, dispone en su artículo 471 que:

«Incorre en delito de espionaje toda persona que en cualquier sitio de la República o en alguna de las embajadas, legaciones, consulados u otras oficinas venezolanas en el exterior, de cualquier manera, con el objeto de servir a un país extranjero con perjuicio para Venezuela cometa algunos de los hechos siguientes:

(...)

5º Revelar documentos, noticias o informaciones de naturaleza militar que en interés de la defensa nacional debieran permanecer secretos...».

Se observa, como bien lo apunta Brewer-Carías, que «en diversas circunstancias en las cuales puede verse comprometida la seguridad de la nación, las leyes restringen la libertad de información; tal sucede en casos de circunstancias excepcionales, como la guerra». Asimismo, añade este autor que «en los casos de Estado de sitio y estado de urgencia (sic), la legislación autoriza la suspensión o limitación de informaciones que pueden incitar al desorden»⁴⁰. Continúa comentando que en caso de guerra, «algunas legislaciones reprimen las informaciones que puedan configurar con el enemigo»⁴¹. En fin, por razones

³⁹ Véase Alejandro Fuenmayor Espina. **La Revolución**, cit. p. 538.

⁴⁰ Véase Allan Brewer-Carías, **Consideraciones...**, cit., p. 31

⁴¹ Idem.

de seguridad de Estado, se retringe la publicación de documentos considerados confidenciales o secretos, o relacionados con el secreto nuclear y, en particular, la restricción incide sobre los funcionarios o empleados públicos en relación a los asuntos confidenciales o secretos de que tengan conocimiento en ejercicio de sus funciones.

En esta parte veremos interesantes casos sobre el tema: uno presentado en Estados Unidos por información publicada sobre la política gubernamental en ese país en la guerra de Vietnam y otro vivido en nuestro territorio, cuando una periodista fue enjuiciada por escribir sobre un asunto relacionado con el Esequibo y que fue considerado como un secreto y, por tanto, irreveleable.

1. El denominado caso «New York Times» y la Decisión de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América

En la sentencia dictada el 30 de junio de 1971 por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el sonado caso «New York Times», se confirmó el parecer del Tribunal de Apelaciones del Distrito Columbia, en el sentido de que los diarios «New York Times» y «Washington Post» podrían seguir publicando el contenido de un estudio denominado «Historia de una Decisión de los Estados Unidos. ¿Cómo se procesó la política sobre Viet-Nam?»⁴², La sentencia en referencia dice lo siguiente:

«Corte Suprema de los Estados Unidos. Cia. del New York Times, Demandante, 1873 contra los Estados Unidos; Los Estados Unidos, Demandante, 1885 contra Cia. del Washington Post y otros. En Demanda Certiorari a la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito; En Demanda Certiorari a la Corte de Apelaciones Distrital del Distrito de Columbia. (30 de junio de 1971) PER CURIAM.

⁴² Una excelente referencia de esta decisión puede encontrarse en el artículo escrito por Luis Beltrán Guerra y Eddie Ferreira titulado «La Libertad Individual. Algunas Consideraciones sobre la Libertad de Prensa», en: **20 Años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981**, Tomo V, pp. 165 a 167.

Igualmente, en **Doctrina de la Procuraduría General de la República 1971**, Caracas, 1972, pp. 71 y 72, aparece publicada toda la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América del 30 de junio de 1971 que estamos comentando.

Concedimos certiorari en estos casos en los que los Estados Unidos persiguen ordenar al New York Times y al Washington Post no publicar el contenido del estudio clasificado intitulado 'Historia del Proceso de Decisiones Relacionadas con la Política en el Viet Nam'. EE.UU. (1971).

Cualquier sistema de restricciones priores de expresión llega a esta Corte con una grave presunción contra su validez constitucional. En el caso de Bantam Books, Inc. contra Sullivan, 372 EE.UU. 58,70 (1963); véase también el de Near contra Minnesota, 283 EE.UU. 697 (1931). El Gobierno «lleva así una pesada carga para demostrar justificación para sancionar dichas restricciones». En el caso de Organization for a Better Austin contra Keefe, -EE.UU.- (1971). La Corte Distrital para el Distrito Sur de Nueva York en el caso del New York Times, y la Corte Distrital para el Distrito de Columbia y la Corte de Apelaciones Distrital para el Distrito de Columbia, sostuvieron que el Gobierno no había enfrentado esa carga. Nosotros estamos de acuerdo.

Se ratifica, por consiguiente, la sentencia de la Corte de Apelaciones Distrital para el Distrito de Columbia. La orden de la Corte de Apelaciones para el Segundo Distrito es revocada y se regresa el caso con instrucciones de incoar un juicio afirmando la sentencia de la Corte Distrital para el Segundo Distrito de Nueva York. Las cesaciones notadas por la Corte el 25 de junio de 1971, quedan rescindidas. Los preceptos serán emitidos inmediatamente.

*Así se ordena».*⁴³

Lo primero que observamos en esta sentencia en su parquedad, lo que no es excepcional en el sistema norteamericano, a diferencia del nuestro. En este sentido, comentando la decisión, Luis Beltrán Guerra y Eddie Ferreira critican el sistema judicial de Estados Unidos, expresando lo siguiente:

«El sistema jurisdiccional norteamericano funciona, tanto adjetivamente como sustantivamente, en forma harto diferente de nuestro esquema

⁴³ Véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1971*, Caracas, 1972, pp. 71 y 72.

procesal latino. El tribunal no está obligado a exponer una motivación para fundamentar su decisión y generalmente no lo hace. Se conforma con citar decisiones judiciales anteriores y expone su parecer en pocas líneas. Este sistema se acentúa especialmente cuando decide «percuriam». En el caso presente, la Corte menciona sentencias en las cuales se plantean parecidas cuestiones y ratifica los criterios allí expresados. Se refiere así, únicamente como datos, a los casos Bantam Books, Inc. v. Sullivan, Near v. Minnesota y Organization for a Better Austin v. Keefe, sin siquiera resumir las opiniones expuestas en esos juicios».

Dicen estos autores que:

«Este sistema autoriza al sentenciador eludir, en muchos casos, y especialmente en aquellos como en las publicaciones de los «Secretos de Estado», la necesidad de exponer un razonamiento que permitiese ulteriores análisis y la crítica o el descrédito del sistema. Sin embargo, se permite a los magistrados, estén o no de acuerdo con la decisión mayoritaria, que expongan los motivos por los cuales disienten de la sentencia o diversos móviles o sentimientos jurídicos que, no tomados en cuenta por la mayoría, hubiesen permitido igual conclusión».

En el caso del Times y del Washington Post, la publicación de la sentencia incluye los votos concurrentes de los jueces Black, Douglas, Brennan, Stewart, White y Marshall, así como los de los disidentes Burger, Harlan, Blackmun y el propio Presidente del tribunal, como destacan Guerra y Ferreira, quienes comentan que:

«En este peculiar sistema de administrar justicia, tales exposiciones tienen su sentido: podrán servir para prever la opinión de la Corte en algunos casos y, por ejemplo, replantear determinadas cuestiones jurídicas cuando cambie su composición política y accedan al tribunal juristas cuya posición es conocida por las decisiones que tomaron mientras eran jueces de instancia»⁴⁴.

⁴⁴ Véase Luis Beltrán Guerra y Eddie Ferreira, *ob.cit.*, p. 166.

En el fallo en referencia Guerra y Ferreira manifiestan que se analiza «el poder del Presidente de la República y de la Corte Suprema para prohibir la divulgación periodística de documentos que constituyan secretos políticos o militares». Para ellos, la Corte de los Estados Unidos, «en esta importante sentencia, se conforma con el control represivo de carácter judicial que se ejerce sobre la prensa, trayendo a colación las distintas leyes sancionadas por el Congreso. En este sentido se observa en los magistrados una tendencia a desechar las medidas judiciales y de política administrativa por ser contrarias a la libertad de expresión»⁴⁵.

A juicio de Guerra y Ferreira, un criterio más objetivo sobre la cuestión planteada en la sentencia que estamos comentando, «es sostenida por el juez Burger, Presidente de la Corte a quien se unen los jueces Harlan y Blackmun. Estos magistrados analizan concretamente el problema de la prensa desencadenada y abusiva, la noción de peligro nacional inminente para el Estado y las razones que imponen un control preventivo, capaz de evitar mayores daños a la Nación»⁴⁶. Simplemente reseñado este caso, pasamos a comentar el sucedido en nuestro país.

2. El denominado caso «María Eugenia Díaz»

En Venezuela, se han presentado algunos casos en los cuales se ha tratado de limitar el derecho a la libertad de expresión por ser el objeto de la información los secretos de Estado. El más famoso ha sido, sin lugar a dudas, el de la periodista María Eugenia Díaz. En fecha 29 de julio de 1981, el Juzgado Militar Segundo de Primera Instancia Permanente de Caracas dictó auto de detención contra ella por considerarla incurso en la comisión del delito de violación de secretos militares, tipificado en el artículo 550 del Código de Justicia Militar.

Según los abogados defensores de la periodista, todo el proceso estaba íntimamente vinculado «a la actividad que como periodista desplegó María

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

Eugenia Díaz, por guardar en el silencio el secreto de su fuente informativa, cuando fue interrogada por el Juez Militar, a propósito de una crónica que redactó bajo el título 'Guyana venció a Venezuela en Juego Estratégico', publicada en el 'Diario de Caracas', que se edita en esta ciudad, el día 3 de junio del año en curso, donde María Eugenia Díaz narra que entre los días 25 y 29 de mayo, en el Instituto de Altos Estudios de la Defensa Nacional, se realizó un juego estratégico con motivo de la reclamación territorial del Esequibo; donde por cierto, el desenlace del juego fue adverso a Venezuela, pese a que nuestro país estaba militarmente preparado para ganar la guerra»⁴⁷.

Por publicar una crónica en el «Diario de Caracas» y por negarse a revelar su fuente informativa, según sus abogados defensores, a la periodista María Eugenia Díaz le fue dictado un auto de detención por un tribunal militar. Afortunadamente, la Corte Suprema de Justicia, al conocer el caso al plantearse un conflicto de competencia entre la jurisdicción civil y militar -lo que es frecuente-, decidió, en Sala de Casación Penal, que el tribunal competente para conocer del juicio seguido contra la periodista María Eugenia Díaz era el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda y no el Juez Militar Segundo de Primera Instancia Permanente de Caracas, que había dictado el auto de detención.

Finalmente, en fecha 24 de diciembre de 1981, el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda revocó el auto de detención dictado a la ciudadana María Eugenia Díaz por el Juzgado Militar Segundo de Primera Instancia Permanente de Caracas y en su lugar declaró terminada la averiguación sumaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 206, ordinal 2º del Código de Enjuiciamiento Criminal, por no revestir carácter penal los hechos investigados.

Posteriormente, en fecha 18 de febrero de 1982, y en virtud de la consulta legal a que está sometida la decisión del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda,

⁴⁷ Véase Narango Osty, Rafael; Landaeta Aristiguieta, Carlos; Haddad Chiramo, Beltrán; y Rodríguez Arizaleta, Antonio, *En Defensa de la Libertad de Expresión*, Editorial Cejota. Publicaciones Escritorio Naranjo Osty, 1982, pp. 45 y 46.

el Juzgado Superior Quinto en lo Penal de la misma Circunscripción Judicial revocó la detención judicial decretada por el Juzgado Militar Segundo de Primera Instancia Permanente de Caracas en fecha 29 de junio de 1981, por no estar llenos los extremos exigidos en el artículo 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal y declaró terminada la averiguación seguida a la ciudadana María Eugenia Díaz González, de conformidad con el ordinal 2º del artículo 206 del mismo Código, quedando así confirmada la decisión consultada del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda.

Ahora independientemente del caso narrado, cuando se trata de la revelación de secretos políticos o militares, se ha considerado que el Estado puede adoptar medidas de policía administrativa, concretamente el secuestro inmediato de las publicaciones, «ya que cualquier medida de control preventivo antes de la divulgación de la noticia podría considerarse como censura previa»⁴⁸. El Estado podría reclamar una indemnización por daños y perjuicios causados por la publicación.

Así, según Guerra y Ferreira, la «procedencia del secuestro de las publicaciones no puede ponerse en duda en esos casos», pues el «poder de policía es inherente a la administración, quien debe ejercerlo para el mantenimiento del orden público y la seguridad de las instituciones»⁴⁹. Agregan que «no basta el castigo de los delincuentes o la sentencia de última instancia para proceder a secuestrar las publicaciones» porque en «este último caso, el daño que la prensa ha causado al Estado sería irreparable»⁵⁰. Respecto a estas facultades de policía administrativa, el constitucionalista José Guillermo Andueza expresa que:

«El Presidente de la República tiene entre sus atribuciones y deberes el de hacer cumplir la Constitución y las leyes (Ordinal 1º del artículo 190). Tanto la doctrina como la jurisprudencia fundamentan los poderes de policía del Jefe de Estado en la atribución constitucional de asegurar la ejecución de las leyes. (...) De acuerdo con esta tesis, corresponde al Presidente de la República tomar todas las medidas para dar

⁴⁸ Véase Luis Beltrán Guerra y Eddie Ferreira, *ob. cit.*, p. 165.

⁴⁹ Véase *ob. cit.*, p. 167.

⁵⁰ *Idem.*

cumplimiento a la Constitución y a las leyes, porque del cumplimiento de las normas legales depende fundamentalmente la conservación de la paz pública, o sea, la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas»⁵¹.

Como bien lo apunta Andueza, constituye una norma doctrinal el que la libertad es la regla y la restricción de policía la excepción. En el Estado de Derecho, la persona desarrolla todas las actividades sin necesidad de autorizaciones previas por parte de las autoridades administrativas.

En materia de libertad de prensa, Andueza ratifica el criterio de Guerra y Ferreira en el sentido de que la Administración puede proceder a incautar aquellas ediciones que puedan alterar el orden público. A este respecto, cita al conocido autor francés Georges Burdeau quien expresa:

«Es indudable que la Administración encuentra, en su poder de policía el fundamento de las incautaciones (saisies) que ella decida. En primer lugar, dentro del cuadro del poder general de policía relativo a la defensa del orden público, la administración puede intervenir pero a condición de respetar el principio general según el cual la libertad es la regla y la restricción la excepción (...) De aquí resulta que la incautación no es legal a menos que «ella sea indispensable para asegurar el mantenimiento o el restablecimiento del orden público (...). Esta condición implica: a) que el contenido del escrito sea, por sí mismo, en razón de las circunstancias, susceptible de provocar disturbios: b) que la incautación debe ser proporcionada en el espacio y en el tiempo, al peligro que debe impedir (...). Además, distinta de una simple prohibición administrativa, que no es sino una decisión, la incautación es una medida de incautación de oficio sujeta como tal a las condiciones a las cuales la jurisprudencia subordina la legalidad de esta operación»⁵².

Definitivamente, debemos concluir, como Andueza, que el Ejecutivo Nacional, en virtud de la disposición constitucional que confía al Presidente de la

⁵¹ Véase José Guillermo Andueza, «Interpretación al Aparte Único del Artículo 66 de la Constitución» en: **20 Años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981**, Tomo V. Caracas, 1982, p. 117.

⁵² Burdeau, **Les Libertés Publiques**, 1961, p. 221; citado por José Guillermo Andueza, *ob. cit.*, pp. 118 y 119.

República el deber de hacer cumplir la Constitución, puede ordenar la incautación de aquellas publicaciones que violen el artículo 66 del texto constitucional. Queda a criterio del Ejecutivo Nacional apreciar la urgencia en la aplicación de las medidas administrativas, además de que le corresponde dictaminar, a los simples efectos administrativos, si se trata de propaganda de guerra, la que ofenda la moral pública y la que provoca la desobediencia de las leyes. En estos casos, «la violación de la norma constitucional por parte de los administrados, se considera una alteración del orden público»⁵³.

IV. LA LIBERTAD DE EXPRESION Y LOS INTERESES DE LA COLECTIVIDAD: EL CASO DE LA MORAL PUBLICA

La moral pública ha sido considerada por la jurisprudencia como uno de los aspectos que constituye una limitante al derecho a la libre expresión, pues claramente lo indica el único aparte del artículo 66 de la Constitución. La moral pública, por ser un concepto altamente subjetivo, ha dado lugar a grandes polémicas y controversias, por lo que ha sido necesario hacer una labor de definición de los casos que constituyen un atentado a la moral pública y por consiguiente, susceptibles de ser prohibidas, limitadas o sancionadas las conductas respectivas.

Sin embargo, ningún cuerpo normativo define lo que es moral pública, lo cual ha sido considerado como un concepto jurídico indeterminado. Es aquí donde los altos tribunales han tenido que intervenir y en casos concretos, han determinado el alcance de este polémico término, que varía de una época a otra, entre una cultura a otra y aún en un mismo territorio. Ahora, nuestra jurisprudencia ha aclarado lo que debe entenderse como una conducta atentatoria de la moral pública, por cuanto como limitación a un derecho, debe interpretarse restrictivamente.

La moral pública es un concepto jurídico indeterminado, lo que no significa que sea de apreciación discrecional. Esto es diferente a lo que se conoce en derecho público como potestades discrecionales. La discrecionalidad deja al

⁵³ Andueza, *ob. cit.*, pp. 119.

funcionario la posibilidad de escoger entre varias soluciones justas. En cambio, cuando se trata de un concepto jurídico indeterminado, resulta difícil delimitar con precisión su enunciado pero una vez precisado, no admite sino una sola solución justa y correcta que no es otra que la que esté de acuerdo con el espíritu, propósito y razón de la norma.

Nuestro Máximo Tribunal ha tenido la oportunidad de estudiar el punto en la oportunidad de conocer de varios recursos de nulidad contra actos del Ministerio de Transporte y Comunicaciones que han suspendido transmisiones de programas de radio y televisión o que han impuesto multas a las plantas de radiodifusión, los cuales han basado su procedencia en un atentado a la moral pública.

La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración, según lo establecido por la jurisprudencia venezolana, constituye una actividad reglada, en contraposición a la actuación discrecional y por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí que haya sido necesario que los tribunales definan el alcance del término «moral pública», empleado por la mayoría de las normas reguladoras de las transmisiones audiovisuales. Por ejemplo, ha dicho el Máximo Tribunal, en un conocido caso en que en un programa televisivo apareció una escena de personas desnudas, lo siguiente:

*«La moral es el conjunto de valores que distinguen a una civilización, a un pueblo o a un individuo. (...) El empleo por la norma de la expresión **moral pública** evidencia en primer lugar que lo que con ella se trata de preservar no son reglas atinentes a la moral individual, sino aquellas cuya violación podría afectar de alguna manera el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos»⁵⁴.*

Continúa la Corte diciendo en la misma sentencia que:

«(...) la determinación de tales reglas no puede ser producto de la concepción individual o subjetiva de algún funcionario. Configurando

⁵⁴ Véase *Gaceta Forense*, Tercera Etapa, Año 1983 (Abril a Junio) N° 120. Órgano de la Corte Suprema de Justicia, p. 168. Esta sentencia fue dictada en el caso conocido como «Hola Juventud-Radio Caracas Televisión».

una manifestación de la cultura general de un pueblo en un momento de su evolución histórica, su determinación tiene que ser el resultado de una investigación objetiva acerca de la conducta, sentimiento, opiniones y reacciones de la colectividad frente a determinados hechos»⁵⁵.

Se dejó sentado en este caso que en «el Estado actual de la evolución cultural de Venezuela, sería inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad»⁵⁶. Dijo la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

«En todo acto que supuestamente sea susceptible de afectar la moral, nuestra sociedad toma hoy muy en cuenta la intención o el propósito que lo anima, así como su forma de expresión. Tiene suficiente criterio para distinguir entre una imagen pornográfica -sin duda torpe, despreciable y repudiable- y la representación del cuerpo humano desnudo como creación artística o con una finalidad científica o por un requerimiento docente»⁵⁷.

Respecto al hecho que dio lugar al acto administrativo impugnado, la Corte dijo lo siguiente:

«Observada la escena en cuestión y considerada la brevedad, distancia y poca nitidez de la imagen; apreciada la circunstancia que la escena no es presentada sola, sino como un fondo del centro de atracción principal del programa -la entrevista al Director del Grupo Brasileño, y la información continuada que se había venido dando acerca del Festival en ese mismo programa, resulta incompatible atribuirle a sus productores y animadores el propósito deliberado de causar escándalo o de ofender la moral pública»⁵⁸.

Concluyó el Alto Tribunal que «no existen elementos en autos que permitan sostener que se quiso aislar el desnudo de su entorno artístico y cultural, con

⁵⁵ Gaceta Forense, cit., p. 168.

⁵⁶ Gaceta Forense, cit., p. 169.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Gaceta Forense, cit., p. 173.

la finalidad de utilizarlo como simple instrumento de captación de una masa mayor de televidentes»⁵⁹. Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia declaró con lugar el recurso interpuesto y anuló la resolución que había suspendido el programa. Esta sentencia contó con el voto salvado del magistrado Julio Ramírez Borges, quien consideró que por estar la Corte Suprema de Justicia distinguida «con una aureola de seriedad, credibilidad y confianza que sobresale de los demás poderes públicos del Estado»⁶⁰, no debió adoptar la decisión antedicha «que afecta la moral en el país, tan necesitado como está de ella y tan urgido del esfuerzo de todos para tratar de preservarla»⁶¹.

También con referencia a la moral pública, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, ha dicho lo siguiente:

«El concepto 'contrariedad a la moral pública', si bien (...) es cambiante, de acuerdo con las condiciones culturales del pueblo, no lo es hasta el punto de no tener ninguna sustantividad, ni puede considerarse al público como el 'juez idóneo' para determinar su contenido. En efecto, si no tuviera ninguna sustantividad, tampoco tendría sentido alguno su consagración legislativa; y si su contenido debiera establecerse según el criterio de la 'opinión pública' tampoco sería razonable que una autoridad (la policía de espectáculos) velara porque los medios de comunicación social no incurrieran en él, pues la 'opinión pública' es fácilmente manipulable, a corto o a largo plazo, aun por los propios medios de comunicación. Por esto último, bien dispone el Código de Ética de la Televisión Venezolana que el criterio que ha de considerar el juez para establecer tal concepto es de un 'sector responsable' de la comunidad (artículo 35) y no cualquiera»⁶².

Como puede observarse, para la jurisprudencia venezolana, la moral pública es un aspecto que debe limitar el derecho de libertad de expresión. Sin embargo, lo que es atentatorio contra la moral pública o lo que no lo es, es un

⁵⁹ *Gacete Forense*, cit., p. 174.

⁶⁰ *Gaceta Forense*, cit., p. 176.

⁶¹ *Gaceta Forense*, cit., p. 176.

⁶² Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 1-8-91, publicada en la misma fecha.

aspecto que puede variar en el tiempo, la época y la cultura. De allí que lo que para los tribunales hoy es inmoral, como el caso de ciertos programas humorísticos sancionados, puede variar en el futuro. Ayer, por ejemplo cualquier desnudo era inmoral pero hoy puede decirse, y lo ha dicho la Corte, que un desnudo, en sí mismo, no lo es porque un desnudo artístico, científico o de índole similar puede estar permitido y no ser considerado inmoral, motivo por el que ha considerado sin fundamento ciertos actos de suspensión de programas de televisión. Tales criterios son perfectamente trasladables al caso de los medios escritos de comunicación.

V. LA LIBERTAD DE EXPRESION Y LA PROTECCION DE LOS INTERESES PARTICULARES

Al mismo tiempo que el artículo 66 de la Constitución establece el derecho a la libertad de expresión, la Carta Magna dispone en su artículo 59 que toda persona «tiene derecho a ser protegida contra los prejuicios a su honor, reputación o vida privada». En esta quinta parte, comentaremos todos estos casos específicos de protección que ameritan limitar la libertad de expresión.

1. La libertad de expresión y el derecho a la vida privada

Dividiremos esta sección en dos: la primera para referirnos al alcance de la vida privada de las personas como límite de la libertad de expresión y la segunda para tratar -caso importantísimo- el tema, el de las personas célebres, a quienes en la mayor parte de las veces se les quiere negar su intimidad.

a) El alcance de la vida privada de las personas como límite de la libertad de expresión del pensamiento

En muchas situaciones, los tribunales han tenido que definir el alcance de la libertad de expresión determinando el punto de partida del derecho a la vida privada, o lo que es lo mismo, cuándo la libertad de expresión puede imponerse sobre la vida privada, especialmente al tratarse de los llamados personajes públicos.

Varias definiciones se han dado del derecho de intimidad, a la privacidad o a la vida privada. La primera definición fue dada, según reseña Mendoza, en los Estados Unidos por el Juez Cooly así: «el derecho que cada individuo tiene de permanecer aislado, de permanecer solo y no ser arrastrado a la publicidad»⁶³. Este autor cita otra decisión de un tribunal norteamericano que dice que es: «El derecho de permanecer en la paz de la soledad, esto es, el derecho que tiene toda persona de ser libre de toda no deseada publicidad»⁶⁴. Una tercera definición puede concretarse, en criterio de Mendoza, así: «El derecho de vivir sin interferencia no deseada por el público sobre asuntos que no están necesariamente relacionados con éste»⁶⁵.

El hecho es que la manera como se defina, el derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de expresión en algunas oportunidades han entrado en conflicto. Para la mayoría de los comunicadores sociales, el derecho a la libre expresión es ilimitado frente al derecho a la vida privada, especialmente cuando se trata de personajes públicos. Lo único indudable es, como lo dice Gilberto Alcalá, que:

«El derecho a la intimidad y el derecho a la información se vienen dando encontronazos desde hace mucho tiempo y siempre ha privado entre analistas, juristas, periodistas y jueces, la necedad de buscar un equilibrio para que el disfrute o respeto de uno de ellos no menoscabe los beneficios que conlleva el otro»⁶⁶.

Sin embargo, agrega este autor, a diferencia de gran número de expertos en Derecho Constitucional, que «la mayoría de las veces el segundo ha reinado, por su carácter y proyección social, sobre el primero que es personalísimo»⁶⁷. Ahora, no creemos fácil afirmar en forma radical que el derecho a la vida privada deba sacrificarse en favor de la libertad de expresión, especialmente porque en los últimos tiempos, ha habido una necesidad de protección a la

⁶³ Mendoza, ob. cit., p. 12.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Véase Gilberto Alcalá. «Proyecto de ley sobre la Vida Privada y su Incidencia Negativa en el Derecho a la Información» en: *Revista del Consejo de la Judicatura*, N° 32, Caracas, 1984, p. 29.

⁶⁷ Alcalá, op. cit., p. 30.

privacidad, debido al desarrollo vertiginoso de la informática, las telecomunicaciones, los recursos audiovisuales y, sobre todo, como lo expresa José Guillermo Andueza, un aumento de «las exigencias de la información»⁶⁸.

Se ha considerado que los hechos que constituyen la vida privada de una persona son, entre otros, «las circunstancias de la vida familiar: nacimiento, esponsales, matrimonio, divorcio, embarazo de la mujer, enfermedad y muerte»⁶⁹, cubriendo además la llamada vida amorosa de la persona, su vida profesional y sus quehaceres en el tiempo libre. Se incluye, igualmente, «el comportamiento en la vida cotidiana, la 'imagen' del individuo y aún, estiman algunos autores, el nivel de vida y el montante de las declaraciones fiscales»⁷⁰. Agrega Andueza, en la vida privada al domicilio y la correspondencia.

Considera Andueza que «la violación a la vida privada se puede producir por la obtención indebida de información o por la difusión de la misma, aun cuando se la halla en forma legal». En efecto, según el mismo autor, «es posible que el particular haya suministrado alguna información, ya sea a una autoridad pública o a un particular, por estar obligado a ello o para cumplir con alguna formalidad exigida. Pero si esta información se publica, sin autorización del particular, se viola su esfera privada». Inclusive Andueza opina que si la información es obtenida en forma ilegal, «lo censurable es el modo o procedimiento para obtenerla». En ese caso, para este autor, «lo que existe es una intromisión ilegal de un tercero en la esfera privada de una persona»⁷¹.

Según Gilberto Alcalá, en la vieja Inglaterra «se ha ubicado en 1348 el primer caso historiográfico por indemnización por daño y perjuicio (sic) ante la perturbación en la morada de una taberna», pero afirma que «la primera prohibición judicial a publicar unas cartas privadas ocurrió en 1741, y desde esa época, ha sido el país con mayor cúmulo de jurisprudencia y doctrinas en

⁶⁸ Véase José Guillermo Andueza «La Libertad de Pensamiento y la Protección a la Vida Privada», en: **XI Jornadas Domínguez Escobar sobre Derechos Humanos**, Barquisimeto, 1986, p. 132. Destaca Andueza que la «posibilidad de centralizar en las computadoras toda la información de una persona, desde los datos familiares hasta los ingresos que obtenga, pasando por la información criminalística y penal, hace que se levanten inquietudes y se planteen interrogantes» (loc. cit.).

⁶⁹ Andueza, **La Libertad**, cit. p. 133.

⁷⁰ Idem

⁷¹ Todas las citas de este párrafo son de la obra de Andueza, **La libertad...**, cit., p. 133.

la solución de conflictos entre el derecho a la privacidad y el derecho a informar»⁷².

Numerosos fallos de jueces norteamericanos han condenado como violaciones al derecho a la vida privada, la publicación de fotografías de enjuiciados antes de la condena. En cambio, se ha establecido que un condenado no tiene el goce de su vida privada o intimidad «ya que por la imposición de la pena queda en tan mala relación con la sociedad que pierde ese derecho»⁷³. Precisamente en Estados Unidos de América, según comenta Alcalá, ha habido «una serie de juicios y dictámenes que conforman una apreciable jurisprudencia y sabia doctrina, desde el famoso artículo publicado en la Harvard Law Review el 5 de diciembre de 1890 firmado por los juristas Samuel Warren y Lois Brandies con el título de 'El Derecho a la Intimidad' y en el que se especifica el término: 'intimidad de la vida privada', de indudable influencia en la legislación francesa, hasta las decisiones judiciales que deslindan con bastante claridad las dos partes del conflicto». Como ejemplo comenta que en sentencia del Tribunal Superior de Georgia, se sostuvo, sobre el tema de la intimidad y la libertad de expresión, que:

«El principal obstáculo que muchos han encontrado para reconocer la existencia del derecho a la intimidad ha sido que el reconocimiento de tal derecho tendería a reducir la libertad de palabra y de prensa (...). El derecho a la intimidad, sin duda alguna, está limitado por el derecho de expresión y de imprenta (...). La Ley no permitirá el abuso ni de uno ni de otro (...).»⁷⁴.

Allan Brewer-Carías menciona que en Holanda, por ejemplo, decisiones jurisprudenciales han estimado como agravante el penetrar sin permiso de una persona, en su vida privada e informar de ella⁷⁵. Igualmente, Mendoza cita un interesante juicio en el cual la viuda del prominente abogado y político norteamericano John Atkinson, demandó a un fabricante de cigarrillos por emplear el nombre y fotografía de su esposo en una marca de cigarrillos que

⁷² Véase Gilberto Alcalá, *ob.cit.*, p. 30.

⁷³ Véase José Rafael Mendoza, «El Derecho de Intimidad» en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 19, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1960, p. 20.

⁷⁴ Alcalá, *ob.cit.*, p. 133.

⁷⁵ Véase Allan Brewer-Carías, *Las limitaciones...*, cit. p. 35

llamaban «el cigarrillo del coronel John Atkinson», porque semejante empleo hería los sentimientos de la viuda y era ofensiva para la familia del muerto. Lo que se trataba entonces de resolver era el derecho a la privacidad del nombre del muerto. La demanda fue rechazada fundándose la sentencia en que el derecho a la vida privada es personal, por lo que «muere con la persona y es uno de los males que la ley no puede remediar»⁷⁶.

Reseña Alcalá que «los jueces norteamericanos (...) han venido preservando el derecho a la privacidad, pero sin limitar el derecho social a la información», conviviendo «en Estados Unidos los dos derechos». No obstante, destaca que «es de suma importancia tomar en cuenta que el Congreso Norteamericano no ha tenido la iniciativa de legislar sobre la intimidación, mientras la judicatura ha seguido las observaciones de Warren y Brandeis sobre 'el derecho a ser dejado en paz' y las de la Asociación de Abogados y Jueces denominada American Law Institute, que dejó sentado que toda persona 'que **sin razón** válida, **viola** diariamente el interés que otra persona tiene en que sus asuntos no sean conocidos, es responsable hacia esa persona».

En conclusión, informa Alcalá que tal derecho se reconoce «mientras no interfiera en los derechos de los demás o del público», por lo que se pone de relieve «el interés público como fundamental, frente al derecho personal a la privacidad»⁷⁷.

Como vemos, se ha reconocido el derecho a la vida privada y a la intimidad y nuestra Constitución lo afirma expresamente. Ahora bien, aun precisado ello, resta determinar el tratamiento dado a las personas famosas, pues en tales casos en ocasiones se ha pretendido dar conclusiones distintas a las ya señaladas.

b. La libertad de expresión y sus límites en el caso de la vida privada de las personas públicas o célebres: un caso especial de necesaria consideración

Cita Gilberto Alcalá, en Inglaterra, «el célebre juicio incoado por el Príncipe Alberto (Consorte de la Reina Victoria) contra un impresor que le reprodujo

⁷⁶ Véase José Rafael Mendoza, *Ob.Cit.*, p. 20.

⁷⁷ *Idem.*

unas pinturas reservadas para sus íntimos»⁷⁸. En Estados Unidos, Alcalá cita una decisión de un Tribunal de Apelación del Estado de California que dispuso que el derecho a la intimidad «no existe cuando una persona ha llegado a ser tan célebre que por su notoriedad ha dedicado su vida al público y por lo tanto renunciado a su derecho a la intimidad» y añade que tampoco existe «en la divulgación de noticias y acontecimientos ni en la discusión de hechos de la vida de una persona en quien el público tiene un legítimo interés, ni cuando la información puede ser de provecho público»⁷⁹.

La referencia de Gilberto Alcalá del derecho a la privacidad de las llamadas por él «personas célebres» o lo que es lo mismo, aquellas personas famosas o públicas, nos trae a colación la interesante discusión jurisprudencial sobre el tema y su relación con la libertad de expresión. Esto se ha constituido un verdadero problema porque se trata de la protección de la vida privada de personas tales como artistas, deportistas o políticos, cuyas vidas son de interés especial por el público y además, porque las mismas personas dan mucha información para mantener su popularidad. Veamos el criterio doctrinal y algunas soluciones jurisprudenciales sobre el tema.

b.1 El criterio de nuestra doctrina

Se ha considerado que la mayor protección se debe conceder a las personas que llevan una vida normal pero que cuando se trata de aquellas personas que necesitan la publicidad, la protección será menor, pero aún en estos casos, estas personas tienen derecho a su vida privada. En este sentido, Andueza opina que sólo «aquellos hechos que sean de público conocimiento se pueden divulgar», pero «aquellos que esas personas no quieren que se divulguen o que no formen parte de su vida pública, deben permanecer en el estricto límite de la intimidad»⁸⁰.

Evidentemente que el derecho a la vida privada puede entrar en conflicto con el derecho a la libre expresión cuando las personas tengan interés en conocer

⁷⁸ Alcalá, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁹ Alcalá, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁰ Andueza, «*La libertad...*», *cit.*, pp. 133-134.

ciertos hechos de la vida privada de los hombres públicos, casos en los cuales los medios de comunicación social se pueden sentir inclinados a suministrar información sobre tales hechos y su divulgación puede constituir una violación a la privacidad de aquéllos. Para el venezolano Oscar Pierre Tapia:

«Toda reproducción de la imagen o la vida privada de una persona con fines distintos a los que atañen el interés del público es ilegítima. Si el público no tiene derecho a escrutar la vida privada de cada persona, tampoco tiene derecho a conocer un momento cualquiera de la vida de una persona cuya revelación no está justificada por las 'necesidades de la actualidad o de la información'. Sólo un interés legítimo a la información justifica la publicación de la vida privada o la imagen de una persona. Y este interés legítimo sólo se consigue preguntándose si la imagen o la escena de la vida privada reproducida satisface un interés legítimo, si presenta una utilidad social, y si no infringe a la persona representada un sufrimiento moral inoportuno. La reproducción de la vida privada de una persona debe llenar una función útil»⁸¹.

Respecto a las personas públicas, Pierre Tapia considera al igual que Andueza, que «el tratamiento jurídico es un poco distinto al de los particulares»⁸² y agrega:

«Con la aparición de las técnicas modernas de difusión de la imagen, no pasa un solo día en que no sean entregados a la avidez del público los hechos de un hombre político, de un artista, de un cantante, de una 'vedette' del cine, de la televisión o del teatro. Las fotografías de las 'estrellas' aparecen a diario en primer plano en los periódicos y revistas. Su vida privada se ha convertido en pública. Y, sin embargo, como todas las personas, ellas tienen derecho a ser dejadas tranquilas»⁸³.

Ahora, podemos sostener, como lo hace Andueza, que en el caso de los hombres públicos, debido que el concepto de la vida privada es más estrecho que el de

⁸¹ Véase Oscar R Pierre Tapia, «Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información», en: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, N° 4 (abril 1984), pp. 7-8.

⁸² Pierre Tapia, *ob. cit.*, p. 8.

⁸³ Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 9-10.

las demás personas, en principio debe predominar el derecho a la información sobre el derecho a la vida privada». No obstante, «esta prevalencia se la debe entender sin menoscabar la estricta esfera de la vida privada de los hombres públicos», toda vez que en caso contrario la interferencia «sería totalmente inconstitucional porque esa exclusión significaría que ciertos hombres no tienen derecho a la vida privada», lo que no tiene norma alguna que la justifique»⁸⁴.

Por su parte, Reinaldo Chalbaud Zerpa, luego de un interesante análisis doctrinal del derecho a la libre expresión y su incidencia en el de la vida privada, concluye que el comunicador social «tiene el derecho a informar sobre la actividad de las personas dentro de los límites jurídicamente establecidos», pero «el rebasar estos límites, implica en incurrir en abuso del derecho»⁸⁵. A ello agrega que:

«Todo ser humano tiene derecho a disfrutar de su vida privada sin interferencias que puedan provenir tanto de parte del Estado como de sus propios conciudadanos y que impliquen una violación al derecho a la intimidad (...). Es necesario y conveniente determinar los límites que separan los aspectos de la vida pública de la persona privada de ciertas personas que de renombre o que ocupen posiciones destacadas en la sociedad, a fin de que se informe de ellas sólo aquello que posea relevancia para el interés colectivo»⁸⁶.

En fin, de las citas que hemos hecho derivamos que la mayoría de la doctrina ha considerado que las personas públicas tienen derecho a la vida privada y si bien se ha considerado que su vida privada es menor que el resto de las personas, lo es solamente en aquello que tiene relación con sus actividades públicas es lo que no está protegido por el derecho a la vida privada, pero en lo demás, estas personas tienen salvaguardado su derecho a la privacidad como todas las personas.

⁸⁴ Véase José Guillermo Andueza, *ob.cit.*, pp. 135.

⁸⁵ Véase Reinaldo Chalbaud Zerpa, «Libertad de Expresión» y Derecho a la Intimidad. En *XI Jornadas Domínguez Escovar sobre Derechos Humanos*, Barquisimeto, 1986, p. 122.

⁸⁶ Véase *op. cit.*, pp. 122-123.

b.2 La jurisprudencia

Pierre Tapia, para sustentar la opinión que transcribimos precedentemente sobre este aspecto, cita una sentencia de la Cour d'appel de Aix-en Provence de Francia, de fecha 3 de febrero de 1975, que expresó lo siguiente:

«Si el público tiene derecho a la información y el periodista tiene el deber de suministrarle informaciones sobre la actividad profesional o pública de ciertas personas cuando estas actividades tienen influencia sobre sucesos o hechos que presentan un interés general, este periodista comete un abuso de derecho cuando revela hechos o circunstancias que, sin agregar nada útil a la información, atacan a la vida privada de aquel que ha sido objeto del reportaje»⁸⁷.

También en Francia, el Fiscal General del Ministerio Público, en un célebre caso llamado «Rachel» expresó que «por muy grande que sea un artista, por muy histórico que sea un hombre, ellos tienen una vida privada distinta e su vida pública, que está separada de la escena y de la política»⁸⁸. Sobre este particular anota Pierre Tapia que:

«(...) las diversiones de las personas públicas o notorias pertenecen, en principio, a su vida privada. Pero el comportamiento del hombre político en el curso de sus vacaciones y diversiones puede hacer más o menos creíbles las ideas que defiende públicamente. El público tiene derecho a conocer las diversiones de un político cuando tienen una influencia cierta sobre la confianza que éste pide a sus conciudadanos»⁸⁹.

Cita como ejemplo el caso de un político que defiende una moral muy estricta en el país, quien «no podría oponerse a la publicación de una escena que, traicionando sus ideas, hubiera sido realizada durante sus vacaciones», aunque «el descanso, la calma y la tranquilidad también son necesarios para el hombre público, para el político; como los particulares deben ser dejados tranquilos

⁸⁷ Ob.cit., p. 8.

⁸⁸ Pierre Tapia, ob.cit., pp. 10-11.

⁸⁹ Véase op. cit., p. 11.

durante sus vacaciones y diversiones»⁹⁰. Continuando en Francia y con el mismo ejemplo del político, encontramos que el Tribunal de Gran Instancia de París, en sentencia del 4 de abril de 1970, decidió que la revista *L'Express* había atacado la vida privada del presidente francés Georges Pompidou al publicar una fotografía que le representaba durante sus vacaciones estivales a bordo de una lancha a motor⁹¹.

Por último, la Cour d'appel de París dijo, en sentencia de fecha 15 de mayo de 1970, sostuvo que la «libertad de la prensa y el derecho del público a la información, que es su corolario, no pueden justificar, para satisfacer a una clientela cada día más ávida de informaciones sensacionalistas, los ataques cada día más frecuentes al derecho de cada uno a la paz y la tranquilidad»⁹².

Por su parte, José Rafael Mendoza relata el caso ventilado en el Tribunal de Apelaciones del Estado de California en los Estados Unidos de América en el cual, hacía muchos años, la actora había sido prostituta y se le había seguido un proceso criminal por homicidio, que terminó con el sobreseimiento de la causa. Concluido el juicio, la mujer reformó su conducta, contrajo matrimonio y se convirtió en esposa modelo, adquiriendo numerosas relaciones que ignoraban la historia de su vida pasada. Ocho años después del juicio por homicidio, los demandados, sin consentimiento de la actora, exhibieron una película titulada «El Kimono rojo» la que, no solamente relataba la verdadera historia de la vida de la actora, sino que también daba su apellido de soltera.

La consecuencia de esto fue que la actora perdió sus relaciones y fundada en que había sufrido la deshonra, el desprecio y el ridículo, presentó una demanda exigiendo una indemnización. El juez que atendió la causa estableció que el uso de incidentes de la vida de la actora para la película no podía fundar una acción judicial, porque estos hechos estaban en el expediente del juicio por homicidio, el cual era público. No obstante, consideró que el uso del verdadero nombre de la actora con relación a los incidentes verdaderos de su vida constituía una violación manifiesta a su derecho a la vida privada o intimidad,

⁹⁰ Véase *ob. cit.*, p. 11

⁹¹ Citada por Oscar Pierre Tapia, *ob. cit.*, p. 11.

⁹² Citada por Oscar Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 11-12.

garantizado por la Constitución de California, el cual no puede ser inútil y violado por los demás⁹³.

La Corte Suprema Federal alemana sostuvo en sentencia del 16 de septiembre de 1966 que:

«El progreso de la técnica permite hoy realizar cada día más fácilmente tomas fotográficas y cinematográficas sin saberlo la gente; importa por tanto tener cuidado con el derecho de la personalidad humana. Las tomas efectuadas subrepticamente deben ser consideradas normalmente como un ataque a este derecho y sólo circunstancias excepcionales justifican que se obtengan así retratos en el interés primordial del público o de un individuo»⁹⁴.

Lo anterior es una reseña de algunos casos extraídos de la jurisprudencia extranjera. Ahora, en Venezuela el Juez Tercero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda declaró con lugar una acción de amparo interpuesta por el Ex-Jefe de la División antidrogas de la Guardia Nacional, general Ramón Guillén Dávila frente a los anuncios publicitarios que ofrecían una alta suma de dinero si se «atrevía» a trasladarse a los Estados Unidos de América.

Según la sentencia dictada, se trataba de «una campaña contraria al precepto constitucional que protege a todo ciudadano contra conductas lesivas a su honor, reputación y vida privada». Además, el juez acordó dirigirse a todos los medios de comunicación para que se abstuvieran dar curso a este tipo de publicaciones.

En general, puede decirse que la jurisprudencia de Alemania, Italia, Francia, Estados Unidos de América e Inglaterra -como lo indica Pierre Tapia- «han sostenido con ahínco el derecho que tiene el hombre público de disfrutar con calma y tranquilidad de sus actividades privadas, sancionando toda publicación que no aporte nada sobre su vida profesional»⁹⁵.

⁹³ José Rafael Mendoza, *ob. cit.*, p. 23.

⁹⁴ Citada por Oscar Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 12-13.

⁹⁵ Véase Oscar Pierre Tapia *ob. cit.*, p. 13.

2. La libertad de expresión y el derecho a la propia imagen

Dentro del derecho a la vida privada tenemos lo que en doctrina y jurisprudencia se ha llamado derecho a la propia imagen. La imagen de una persona, como lo apunta Gilberto Alcalá, «constituye una realidad autónoma y susceptible por sí misma de protección jurídica», siendo «indudable que la posibilidad de atentados contra la intimidad de la vida privada de una persona e incluso a su honor, se produce mediante la captación desde muy lejos o a través de obstáculos materiales de imágenes o conversaciones de otros, pudiéndose conservar por un tiempo indefinido»⁹⁶.

Andueza, cuando comenta lo referente al derecho a la imagen, es decir, el derecho que tiene toda persona sobre su fotografía, expresa que «la persona debe acceder a ser fotografiada y debe aceptar el uso que se le quiera dar a su retrato»⁹⁷. Agrega Andueza que «la publicación de fotografías de personas públicas es posible hacerla sin autorización y aun en contra de su voluntad, a condición de que con esa publicación no se violen los límites, mas estrechos sin duda, de la vida privada de las personas públicas»⁹⁸.

Agrega Alcalá que el derecho a la propia imagen y a la voz que no son sino manifestaciones o «expresiones de la vida privada o intimidad de las personas», pues «lo que se protege es la vida íntima de las personas frente a las intromisiones ajenas»⁹⁹. Partiendo de estas ideas, concluye Alcalá lo siguiente:

«... podemos señalar que toda persona tiene derecho a la no reproducción de su propia imagen, entendiéndose en principio que su divulgación está prohibida. Por ello, en general, hay que distinguir varios supuestos respecto al consentimiento a que hacemos referencia:

1) Consentimiento del sujeto afectado, para la reproducción o difusión de la imagen o voz.

⁹⁶ Véase Gilberto Alcalá, *ob.cit.*, p. 66.

⁹⁷ Véase José Guillermo Andueza, *ob. cit.*, p. 134.

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ Alcalá, *ob.cit.*, p. 66.

2) *Se puede dar el consentimiento «ex post facto».*

3) *Que el sujeto no consienta en la reproducción de imagen o voz, pero exista una causa justificada para hacerlo. En este caso, el titular del derecho no puede oponerse a la reproducción y consecuentemente no ha lugar a la indemnización de perjuicios»¹⁰⁰.*

Según Alcalá, la doctrina y la jurisprudencia ha considerado como causas de justificación de la invasión del derecho a la imagen de una persona, las siguientes: la popularidad de la persona, las necesidades de la justicia, los fines científicos, culturales o históricos y los hechos de interés público.

En el primer caso -popularidad de la persona-, se considera que si la persona es de algún modo pública no puede negarse a la difusión de su imagen. Este supuesto, dice Alcalá «está referido a personas que cumplan una función pública o profesión de notoriedad». Sin embargo, como señala el mismo autor:

«(...) esta causa de justificación también tiene sus límites: que efectivamente se trate de una persona popular o notoria, conocida por la mayoría de las personas de un ámbito determinado; que la imagen esté relacionada de alguna forma con las actividades propias de la actuación pública y, por supuesto, se haga con el respeto que merece la vida privada del hombre público o notorio».

En el segundo caso -necesidades de justicia- se afirma que muchas «actuaciones de la justicia hacen necesaria la reproducción de imágenes en interés del conocimiento judicial de la verdad». Ejemplos típicos serían «la publicación de fotografías de delincuentes, de personas desaparecidas o ausentes, de personas fallecidas en accidentes, etc.».

En la tercera -fines científicos, culturales o históricos- «hay una causal de justificación genérica que es el interés social, que en estos supuestos siempre va a privar sobre el individual». Comenta Alcalá que «el caso más desarrollado

¹⁰⁰ Alcalá, *ob.cit.*, p. 67.

por la doctrina es el estudio científico del cuerpo humano, o bien los estudios sobre la vida y comportamiento de individuos importantes para la comprensión de la vida y evolución de la sociedad». Ejemplos de ello serían «las biografías o análisis histórico-políticos-sociales-psicológicos, sobre músicos, escritores, gobernantes, etc.», como «los estudios, publicaciones, proyecciones que se hagan sobre Cipriano Castro o Gómez».

En el cuarto y último caso -hechos de interés público o desarrollados en público- indica Alcalá «se entiende que la publicación de estos hechos es lícita y por lo tanto la reproducción de la imagen de las personas que participen en ellos, a pesar de no darse el consentimiento». Ejemplos serían los «actos políticos, académicos, culturales, manifestaciones, accidentes, tumultos populares y en general, cualquier suceso o hecho público»¹⁰¹.

En la jurisprudencia extranjera existen sentencias que manifiestan la protección a las personas que han adquirido notoriedad contra la reproducción de su imagen o su vida privada. Ello fue señalado en una sentencia del Tribunal de Gran Instancia del Sena en Francia, el 24 de noviembre de 1965, la cual dejó sentado a favor de Brigitte Bardot lo siguiente:

*«(ella) tiene derecho a oponerse que cualquiera publique, sin su consentimiento expreso, toda fotografía de su persona tomada en público o en privado fuera del marco de sus actividades públicas (...) porque deben recordarse los derechos que ella posee en cuanto a la reproducción de su imagen»*¹⁰².

José Rafael Mendoza cita el caso de los dueños de un establecimiento mercantil que tomaron fotografías de una señora que estaba de compras y exhibieron la película en un cine local como propaganda comercial de su negocio. La señora fotografiada demandó a los propietarios de la tienda alegando que con motivo de la exhibición se había convertido en el tema obligado de las conversaciones de todo el vecindario y que todos creían que ella había dado su consentimiento para que su fotografía fuera empleada como medio de propaganda. La Corte

¹⁰¹ Todas las citas de los párrafos precedentes, son de Alcalá, *ob. cit.*, pp. 67 y 68.

¹⁰² Sentencia citada por Oscar Pierre Tapia, *ob. cit.*, p. 10.

Suprema de Kansas resolvió que un hecho semejante constituía una violación al derecho a la intimidad o la vida privada de la actora y que tenía que ser indemnizada sin tener que presentar prueba de los daños sufridos¹⁰³.

3. La libertad de expresión y el derecho al honor

En el mismo artículo en el cual la Constitución de la República establece el derecho a la vida privada, aparece el denominado derecho al honor. Los atentados contra el mismo constituyen delito por lo que su protección ha sido desarrollada básicamente por la legislación penal y tutelada por los tribunales de esa jurisdicción. Ahora, los tribunales venezolanos y extranjeros han tenido que definir el alcance del derecho a la libertad de expresión, a los fines de mantener salvaguardado el del honor.

La expresión del pensamiento es de libertad relativa y entre sus límites están las disposiciones penales que tipifican como delitos las expresiones que atentan contra el honor o reputación del individuo. De acuerdo con esto, la libertad de expresión no puede reconocérsele al individuo sino sujeta a la expresa condición de respetar la libertad de todos y no pasar al abuso. Veremos de seguidas las figuras de la difamación y la injuria y los requisitos para su procedencia, así como el supuesto -de gran interés- de pretendida responsabilidad de editores por publicación de escritos o dibujos que puedan entenderse como atentatorios contra el honor de una persona. Igualmente revisaremos someramente el caso del vilipendio y las ofensas contra funcionarios.

a. Los delitos de difamación e injuria

Protegiendo el derecho al honor, el Código Penal establece su artículo 444 que:

«El que comunicándose con varias personas reunidas o separadas, hubiere imputado a algún individuo un hecho determinado, capaz de exponerlo al desprecio o al odio público, u ofensivo a su honor o reputación, será castigado con prisión de tres a dieciocho meses».

¹⁰³ Véase José Rafael Mendoza, *ob.cit.*, p. 22.

Tal delito es el que la doctrina penal ha denominado difamación, siendo importante destacar que, de acuerdo con el artículo 445 del Código Penal, al individuo culpado de dicho delito no se le permite prueba de la verdad o notoriedad del hecho difamatorio, sino en los casos siguientes: 1° cuando la persona ofendida es algún funcionario público y siempre que el hecho que se le haya imputado se relacione con el ejercicio de su ministerio; 2° cuando por el hecho imputado se iniciare o hubiere juicio pendiente contra el difamado; y 3° cuando el querellante solicite formalmente que en la sentencia se pronuncie también sobre la verdad o falsedad del hecho difamatorio.

Las excepciones arriba descritas las ha llamado la doctrina penal «*la exceptio veritatis*», según la cual la verdad del hecho imputado no será justificación para cometer el delito, sino solamente en los casos mencionados. Agrega el Código Penal, refiriéndose exclusivamente al supuesto 3°, que si la verdad del hecho «se probare o si la persona difamada quedare, por causa de la difamación, condenada por este hecho, el autor de la difamación estará exento de pena», salvo el caso de que los medios empleados constituyesen por sí mismos el delito previsto en el artículo 446 del mismo Código -la injuria- al que nos referiremos de seguidas.

Además, según los tribunales venezolanos, para «que se configure el delito de difamación, no sólo se requiere la imputación hecha al agraviado verse acerca de un hecho concreto y personal, sino que se realice mediante la comunicación del difamante con otras personas y no sólo que éstas oyeran los insultos por mera casualidad»¹⁰⁴.

Por su parte, el artículo 446 del Código penal establece lo que se denomina como el delito de injuria según el cual:

«Todo individuo que en comunicación con varias personas, juntas o separadas, hubiere ofendido de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de alguna persona, será castigado con arresto de tres a ocho días o multa de veinticinco a ciento cincuenta bolívares».

Agrega el Código Penal en el mismo artículo, que si el hecho se ha cometido en presencia del ofendido, aunque esté solo, o por medio de algún escrito que

¹⁰⁴ Sentencia de fecha 14-10-60, citada por Mariano Arcaya, *ob. cit.*, pp. 14 y 15. No se dice claramente el tribunal que la dictó.

se le hubiera dirigido, o en lugar público, la pena podrá elevarse, al igual que en el caso en que con la presencia del ofendido concurra la publicidad. Asimismo, establece dicho Código que si el hecho se ha cometido haciendo uso de documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público o con otros medios de publicidad, la pena de prisión será por tiempo de quince días a tres meses, o multa ciento cincuenta a mil quinientos bolívares.

Consagra el artículo 447 del mismo Código que cuando el delito de injuria establecido en el artículo 446 del Código Penal se haya cometido contra alguna persona legítimamente encargada de algún servicio público, en su presencia y por razón de dicho servicio, el culpable será castigado con arresto de quince a cuarenta y cinco días y si hay publicidad, la prisión podrá imponerse de uno a dos meses.

Cuando en los casos de difamación e injuria, el ofendido haya sido la causa determinante o injusta del hecho, la pena se reducirá en la proporción de una a dos terceras partes. Si las ofensas fueren recíprocas, el juez podrá, según las circunstancias, declarar a las partes o alguna de ellas exentas de toda pena. Igualmente, establece el Código Penal que no será punible el que haya sido impulsado al delito por violencias ejecutadas contra su persona.

El artículo 449 del Código Penal dispone que no producen acción las ofensas contenidas en los escritos presentados por las partes o sus representantes, o en los discursos pronunciados por ellos en estrados ante el juez, durante el curso de un juicio, pero, independientemente de la aplicación de las disposiciones disciplinarias del caso, aquella autoridad podrá disponer la supresión total o parcial de las especies difamatorias, y si la parte ofendida lo pidiere, podrá también acordarle, prudentemente, una reparación pecuniaria al pronunciar sobre la causa.

Se desprenden de los artículos mencionados. Entre otras cosas, la jurisprudencia ha destacado que si el hecho «imputado no es un hecho determinado capaz de exponer al acusador al desprecio o al odio público, no hay difamación sino injuria»¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Penal del Distrito Federal de fecha 28-3-52, citada por Mariano Arcaya, en *Código Penal*, Tomo III, Caracas, 1982, p. 13.

Para que se produzca el delito no basta con que exista la ofensa a la persona, sino que se ha determinado que es necesario que se produzca la intención de causarla. Así, en sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se lee que:

«No basta probar el elemento material de la ofensa, se necesita probar el elemento intencional. No es concebible que se sufra una lesión que hiera el sentimiento de la dignidad personal cuando falta el elemento material de la ofensa, se necesita probar el elemento «infringir esa lesión». Cuando falta el propósito ofensivo, desaparece la posibilidad de la ofensa, no obstante que la palabra o el gesto impreso tenga contenido ofensivo para expresar un pensamiento ultrajante que por tal medio se comunica al ofendido. Cuando las expresiones son equívocas, si no existe la prueba del animus injuriandi, corresponde al juez deducir que el imputado usó las palabras en el sentido ofensivo, mientras no se pruebe lo contrario, y absolverá si encuentra deficiente el ánimo de injuriar».

Para la Corte debe en estos casos existir dolo, es decir, «el conocimiento de que el acto ofensivo hiere la reputación de otro, aunque no se proceda con evidente malignidad». En criterio de este tribunal, «la punibilidad de la culpa, aún tratándose de la imputación de hechos infamantes determinados, no es ostensible, porque mirando el hecho en su individualidad y en sus relaciones con el autor, cuando tal hecho se comete sin conocimiento de la ofensa que a otro se infiere, no tiene en su materialidad los elementos de la injuria». Continúa señalándose en el fallo que:

«El acusado no puede triunfar en la prueba de la materialidad de una ofensa al honor si no ha demostrado el elemento intencional y cuando la palabra sea equívoca, deberá reforzarse el cuerpo del delito con la demostración por otra vía de la intención maligna, y cuando sea unívoca, en sentido de difamación, de injuria o de ultraje, sólo suministrará el acusador una simple presunción y el castigo no puede recaer sobre quien se presume culpable sino sobre el que es demostradamente delincuente. Lo contrario llevaría al desorden y a la intranquilidad, pues más que a la agresión del derecho por parte del individuo, se le temería a la agresión

por parte de la ley. La pena no puede descargarse legítimamente sino cuando es plena la certeza del delito y de la delincuencia de su autor, porque o la prueba de un delito es plena y completa o no lo es. En el primer caso no es dudoso que debe aplicarse la pena legal, en el segundo es indudable que no se debe imponer ninguna. No cabe término medio entre la culpabilidad y la inocencia».

Afirma así la Corte la necesidad de que el delito de difamación sea cometido por dolo -intención- y no por simple culpa -imprudencia, por ejemplo- pues la responsabilidad en este último caso es excepcional y, por tanto, la ley que tipifique el delito debe preverla.

Guerra y Ferreira destacan una sentencia dictada por un tribunal penal que acoge el criterio de que las personas jurídicas pueden ser agentes en la comisión de los delitos de difamación e injuria. La decisión fue dictada con motivo de un libelo acusatorio interpuesto por el Instituto Nacional de Hipódromos contra un periodista de un conocido diario del país. En este fallo se examina lo referente a la libertad de prensa, especialmente lo relacionado con los límites de la misma y se concluye en que la garantía de esta libertad no permite la prensa abusiva y dañina a los intereses de la sociedad, del Estado y de los particulares¹⁰⁶. Finalizan diciendo que:

«Es necesario manifestar, finalmente, que no se han producido sentencias sobre nulidad de leyes y actos administrativos relativos a la prensa. La escasez de textos legales y las pocas decisiones adoptadas por la administración han impedido que nuestro supremo tribunal se haya pronunciado sobre la cuestión»¹⁰⁷.

Por último, en otras sentencias se han definido otros aspectos de estos delitos. Por ejemplo, se ha sostenido que los delitos de difamación e injuria «son de mero peligro y no reclaman para su consumación, que se produzca efecti-

¹⁰⁶ Véase sentencia del Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, comentada por Luis Beltrán Guerra y Eddie Rafael Ferreira, *op. cit.*, p. 173.

¹⁰⁷ Guerra y Ferreira, *ob. cit.*, p. 174

vamente un daño en reputación o en el honor de la víctima»¹⁰⁸. Igualmente, se ha considerado que la acción «en delito de difamación, consiste en imputarle a alguien un hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio u odio público, u ofensivo a su honor o reputación. El hecho determinado debe ser deshonoroso o degradante, sea verdadero o falso, delictuoso o no, pero capaz de exponer al difamado al desprecio o al odio público, u ofensivo a su honor y reputación»¹⁰⁹

b. El **animus difamandi e injuriandi** como requisitos del delito y el **animus narrandi** como pretendida eximente

Uno de los aspectos en el que ciertos tribunales han tratado de justificar atentados al honor de las personas es lo que llama la doctrina el *animus narrandi*, el cual se opone al *animus difamandi* y al *animus injuriandi*, estos dos últimos requisitos necesarios para que se configuren los delitos de difamación e injuria, respectivamente. Es decir, cuando el agente de la conducta discutida hubiese narrado un hecho contado por otro, no estaría cometiendo el delito de difamación o el de injuria. Esto producía muchas veces injusticias muy notorias y atentados contra el derecho al honor que se hacían intolerables. De allí, la necesidad de definir este aspecto, encontrándonos, sin embargo, con sentencias de diverso contenido.

Por ejemplo, nuestra jurisprudencia, con ocasión de una demanda por difamación formulada por la publicación de un artículo periodístico, dejó sentado lo siguiente:

«Del artículo periodístico en cuestión aparece que la redacción empleada en el mismo es dubitativa, vaga y hasta cierto punto imprecisa, pues en su contenido se sorprenden frases como las siguientes: «nos han informado»; «aquella dizque»; «también fuimos informados»; frases éstas que no pueden ser consideradas como imputaciones directas de

¹⁰⁸ Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Penal del Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 4-5-66, citada por Mariano Arcaya, *ob-cit.*, p. 36.

¹⁰⁹ Sentencia del Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Penal de fecha 29-4-71, citada por Mariano Arcaya, *ob-cit.*, p. 37.

exponer al acusador al desprecio o al odio público o que sean ofensivas a su honor... En criterio del sentenciador, para que el delito de difamación se produzca es indispensable el atribuirle la forma directa, precisa y concordante a determinado sujeto la comisión de un hecho determinado...»¹¹⁰.

La sentencia es sumamente importante en nuestro tema de análisis, pues se refiere a la posibilidad de divulgar cierta información sin que se entienda cometido el delito de difamación. No obstante, en criterio que compartimos, la Corte Superior Segunda en lo Penal del Distrito Federal y Estado Miranda indicó lo contrario en una conocida sentencia que:

*«La doctrina tradicional, al incluir el **animus narrandi** entre aquellos que excluían el **animus difamandi** o **injuriandi**, chocaba con dos dificultades: una, la de dar un sentido claro al mismo, y la otra la de explicar por qué apareciendo como ánimo excluyente, no lo era todas las veces que podía ser invocado.*

*Debe excluirse una fórmula muy cómoda de alegar el **animus narrandi**, o sea, aquella en virtud de la cual, el difamador o injuriador se acogía al 'se dice', 'se nos informa', 'se comenta', porque generalmente el culpable procura eximirse de la acusación de difamación o injuria, declarando simplemente no haber tenido 'sino la intención de narrar cosa ya conocida dicha por otro', o lo que es igual, procura eximirse del delito nombrando a quien se lo ha hecho conocer, con lo cual no hace otra cosa sino nombrar un cómplice, con lo cual no se daña menos la reputación o el honor ajeno en el caso de quien por primera vez pronunció la especie difamatoria o injuriosa. Conforme expresa Florian, decir que sea permitido insultar a un desgraciado por el solo hecho de que haya sido antes el blanco de los insultos de otro, sería lo mismo que permitir a todos violar a una mujer por la razón de que ella anteriormente había sido víctima de un estupro».*

Se observa como en esta sentencia se aclara el punto y se destaca que al indicar que lo comentado no es sino repetición de algo oído o leído, no exime

¹¹⁰ Sentencia de fecha 13-5-55, citada por Mariano Arcaya, *ob. cit.*, p. 14. No se expresa en este libro el tribunal que dictó la sentencia.

de responsabilidad penal. Al no ser la originalidad, según Carrara, «un criterio esencial en los delitos contra el honor, y como quiera que el dolo especial en la difamación consiste en saber que se infama a un semejante, por lo cual no es necesario la demostración del móvil del odio o enemistad con el acusado, prueba por lo demás difícil y fugaz», agrega el fallo que:

*«admitir el **animus narrandi** como suficiente de modo absoluto para quitar el carácter criminoso a la injuria, a la par que el ánimo de defender, de corregir y de aconsejar, sería sobremanera peligroso, y significaría proceder a una equiparación inexacta, porque en la conciencia del propio derecho que existe en la defensa, y el fin de impedir un mal que existe en la corrección, y en el consejo no tienen equivalente en el gárrulo narrador que no necesita precisamente hablar, y que al hablar obedece a la sola manía de burlarse y de hacer reír al corro y de recibir el aplauso de la perversidad ajena»¹¹¹.*

Continúa la sentencia diciendo lo siguiente:

«Narrar es contar, exponer, relatar o describir hechos o cualidades que se atribuyen a una persona viva o muerta. Las formas más corrientes de narración aparecen en la prensa diaria, periódica, o en el libro, pudiendo aparecer también en la oratoria y en el relato.

*«Interesa determinar cuáles son los límites del presunto **animus narrandi**, pues está visto que no es poco común que oculte verdaderos propósitos de ludibrio, extorsión o venganza, por lo cual, es la ley la encargada de fijar justos límites en el ejercicio del derecho de informar o de narrar.*

En relación con esta materia, escribe Maggiore: «No entra en el ejercicio de un derecho, la llamada libertad de crónicas y de crítica literaria y científica que -libre de todo límite como homenaje a quien sabe qué

¹¹¹ Véase Mariano Arcaya, *ob. cit.*, p. 22 y ss. En la misma sentencia citada se señala que: No menos terminante es Florián, sin desmedro de su teoría de la *santidad del fin*, cuando escribe: «El gárrulo narrador es un elemento peligroso, que no se propone ningún fin socialmente útil, y por eso manifiesta en sí cierto ánimo perverso incompatible con la naturaleza del fin, que ennoblece a la difamación».

privilegios de la historia, la verdad y la inteligencia-, pone a menudo el honor ajeno a merced del primer malhechor de la pluma que se presente. Cuando el periodista y el crítico pasan, de la pura información del juicio sereno, a la injuria, la contumelia y la denigración, no pueden justificarse de ninguna manera. Y nunca serán justificables cuando hayan creado directamente el hecho, revistiéndolo de apreciaciones o alusiones vituperiosas»¹¹².

En relación al *animus narrandi* y al funcionario público, la sentencia dice lo siguiente:

«En un Estado democrático, las actuaciones de las personas que ejerzan funciones públicas, están sujetas tanto a la crítica y a la censura como al elogio o a la aprobación de los particulares, y, por ello, lógicamente habrá de reconocerse que el ejercicio de esta prerrogativa no es sólo propia, sino también obligante, tanto para los periodistas que dispongan de órganos o de medios de publicidad serios, responsables y preocupados por la problemática nacional, siendo de entenderse, por lo tanto, que la crítica a la censura que se haga a un funcionario o a un empleado público, no configura, por sí sola, delito alguno.

Más, habrá de entenderse que toda infracción o comentario de prensa, relacionado con presuntas actuaciones censurables o criticables realizadas por funcionarios o empleados públicos, debe estar regida fundamentalmente por un propósito informativo de orden objetivo, o sea, que no debe extenderse a valoraciones subjetivas que impliquen la imputación de un hecho determinado capaz de exponerlos al desprecio o al odio público u ofensivo para su honor o reputación, porque entonces tendría aplicación la ley penal que tipifica la difamación o la injuria, ya que la propia Constitución Nacional, en su artículo 66, al proclamar la libertad de pensamiento hablado o escrito (sic), normaliza que «quedan sujetas a pena de conformidad con la Ley, las expresiones que constituyan delito»¹¹³.

¹¹² Idem, pp. 22 y ss.

¹¹³ Arcaya, ob.cit., p. 24

Es decir, la jurisprudencia ha dejado establecido que el *animus narrandi* no le quita el carácter criminoso a la imputación pública de un hecho concreto y determinado contra una persona que la exponga al desprecio o al odio público, como en una época se quiso decir. El hecho de que el agente lo que esté haciendo es narrando un hecho que otro le contó, ello no es motivo para considerar que no esté cometiendo el delito de difamación si con ello se está exponiendo al desprecio público a una persona.

c. La responsabilidad de los editores, directores o gerentes de medios de comunicación por la publicidad de dibujos o escritos difamantes

Interesa conocer cuál es la responsabilidad penal de los editores, directores y gerentes en el caso de delitos contra el honor cometidos mediante publicidad. Analizaremos los pretendidos fundamentos para sostener la existencia de responsabilidad y la posición jurisprudencial negándola, salvo que se trate de hechos propios de esas personas.

c.1 Pretendidos fundamentos para la afirmación de la responsabilidad

La sentencia de la Corte Superior en lo Penal que ya hemos comentado dice lo siguiente:

*«En relación con dichos tipos calificados, procede señalar que las legislaciones han aceptado dos sistemas, uno de **doble** y otro de **simple** responsabilidad penal.*

*Conforme al primero, responden del delito tanto el autor material del escrito difamatorio-injurioso que es publicado por la imprenta, como los editores o redactores del órgano de prensa donde aquel haya sido divulgado. De esta forma, se considera a los editores o redactores como culpables de un delito especial por el solo hecho de haber permitido o autorizado la inserción de un artículo delictuoso. En otros términos, son considerados culpables del **«hecho publicación»**.*

*De acuerdo al segundo sistema, los editores o redactores son responsables **subsidiariamente**, es decir, en defecto de que se haya podido establecer la identidad del autor material del escrito difamatorio o injurioso»¹¹⁴.*

¹¹⁴ Arcaya, *ob. cit.*, p. 28.

En relación con la responsabilidad penal por el hecho de la publicación, la sentencia deja sentado lo siguiente:

«En relación con el delito de imprenta, consiste en la acción realizada por el editor, director, redactor o gerente, que ha permitido o autorizado que un escrito o dibujo difamatorio o injurioso fuese publicado en el periódico a su cargo, se han formulado diversas doctrinas que tratan de explicar o justificar la presunción de culpabilidad creada por la ley que tipifique dicho delito».

Según la sentencia, las razones que se han esgrimido «para fundamentar la responsabilidad penal de los editores, directores, redactores o gerentes que hayan autorizado o permitido la publicación de un artículo o dibujo contentivo de especies difamatorias o injuriosas» pueden resumirse en cuatro doctrinas:

1º Doctrina de la complicidad necesaria, «según la cual, el sujeto que a **sabiendas** suministra al agente de un delito el medio de cometerlo, se reputa cómplice necesario y como tal, se le equipara al autor material del propio escrito, en carácter de co-autor, aplicándosele así igual pena».

2º Doctrina de la complicidad correlativa o correspectiva, que «afirma que cuando un grupo de personas comete un delito, en circunstancias en las cuales se ignora cuál de ellas es el autor material del acto consumativo del mismo, pero sabiéndose a ciencia cierta que necesariamente entre ese grupo de personas se halla dicho autor material, debe reputarse a todos como cómplices correlativos o correspectivos, aplicándosele a cada uno de ellos la misma pena».

3º Doctrina de culpabilidad culposa, la cual «sostiene que la responsabilidad del hecho-publicación, debe personificarse en el editor, director, redactor o gerente que, en cierto modo, profesionalmente, han prestado su concurso al delito de prensa al autorizar la publicación difamatoria o injuriosa, faltando así a sus deberes legales, dejando de constituir frente al Estado la garantía de solicitud a que se obligaron, incurriendo entonces en delito culposo por negligencia. De tal forma, que si no prueban en contrario su inocencia, la sanción por culpa procederá de acuerdo a los principios básicos del Derecho Penal».

4° Doctrina del autor del hecho-publicación, según la cual «así como el autor material del escrito original es el sujeto activo del delito de difamación o injuria, el editor, director, redactor o gerente es el autor del hecho que consiste en su publicidad, elemento éste esencial para la existencia del delito de prensa».

c.2 Criterio jurisprudencial venezolano: la inexistencia de responsabilidad por hecho ajeno

Expuestas las cuatro doctrinas, dicha Corte determinó su aplicabilidad a nuestro país. Ahora, antes de mencionar lo señalado por el tribunal, debe recordarse que las personas naturales responden, según los principios generales del Derecho Penal, sólo de acuerdo a la participación que hayan tenido en el hecho punible. Los distintos grados de participación en un delito se prevén en el Código Penal (artículos 83 a 85) y son la autoría (o coautoría, en el caso de varios perpetradores del delito), la cooperación inmediata y la complicidad. Asimismo, se encuentra en el artículo 255 del Código Penal una forma de participación que ha sido erigida como delito autónomo: el encubrimiento. Así, es principio de Derecho Penal el contenido en el artículo 61 del Código Penal, según el cual:

«Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión. (...) La acción u omisión pénada por la ley se presumirá voluntaria, a no ser que se conste lo contrario».

Tenemos entonces que sólo se responde, penalmente, por acciones (u omisiones en algunos supuestos) intencionales (dolosas) o por acciones u omisiones culposas (debido a imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes y reglamentos), cuando la ley lo prevé. Nunca por hecho ajeno, no existiendo responsabilidad objetiva alguna en Venezuela.

Destacado lo anterior, a continuación transcribimos los párrafos de relevancia en la determinación de la supuesta responsabilidad de un editor por el hecho de la publicación:

*1º De llegar a probarse que el editor, director, redactor o gerente, al permitir o autorizar la publicación del escrito, o dibujo incriminado, lo hicieron previo acuerdo con el autor material del mismo, y por ello a **sabiendas** de su carácter delictivo, no hay duda alguna de que en este caso, a aquellos es aplicable la disposición relativa a la complicidad necesaria, a que se contrae el aparte final del Art. 84 del Código Penal que dispone que «La disminución de la pena prevista en este artículo no tiene lugar, respecto del que se encontrare en alguno de los casos especificados cuando sin su concurso no se hubiere realizado el hecho» porque, es fácil comprenderlo, quien haya autorizado la publicación del escrito o dibujo delictuoso, de previo y común acuerdo con el autor material del mismo, ha facilitado la perpetración o consumación de la figura delictiva denominada Difamación calificada mediante la publicidad, que como vemos, está tipificada en el encabezamiento del Art. 444 ejusdem, en relación con el único aparte del mismo artículo.*

*2º Referente a la **Segunda Doctrina**, debemos señalar que si se habla de complicidad correspectiva, no puede hablarse de «autoria», que es problema a considerar caso de probarse que el editor, director, redactor o gerente fueren autores del **hecho-publicación** siendo de indicar, por otra parte, que nuestro Código sólo prevé la forma especial de participación denominada complicidad correlativa o correspectiva, al tratar de los delitos de homicidio y de lesiones en el artículo 426 del Código Penal y no en relación a los demás contra el honor.*

*3º Atinente a la **Tercera Doctrina** señalada, o sea, que el autor del hecho-publicación debe ser penado a título de culpa por negligencia al permitir o autorizar la publicación del escrito o dibujo delictuoso, basta señalar que en nuestra vigente legislación penal, no está tipificado ningún delito de difamación o de injuria culposa.*

4º No demostrado el carácter de cómplice necesario en la acción del editor, director, redactor o gerente que permitió o autorizó la publicación del escrito incriminado, quedando comprobado, en consecuencia, que incurrieron únicamente en el hecho-publicación del mismo en el órgano de prensa bajo su dirección o control, no es posible, por aplicación de la cuarta doctrina citada, equipararlos al autor material y aplicarle la

misma pena correspondiente a éste, pues esta cuarta tesis incurre en el error de considerar la circunstancia agravante del delito genérico de difamación, tipificado en el encabezamiento del artículo 444 del Código Penal, y que por ello pasa a ser elemento integrante del tipo calificado de difamación mediante publicidad, el cual tiene prevista una penalidad especial en el citado aparte único del artículo 444 del Código Penal».

Por lo anotado, señaló la Corte que «si conforme a nuestra actual legislación penal, no es posible castigar al autor del hecho-publicación de un escrito o dibujo difamatorio o injurioso, ni como cómplice necesario ni como cómplice correspectivo, ni como autor culposo, ni como director autor del hecho de la publicación, ya que esta circunstancia es tan sólo en nuestro Código Penal, una circunstancia agravante específica de la difamación o injuria», debía considerarse «si conforme al artículo 255 del Código Penal, podría ser reputado el autor del hecho-publicación, autor del delito autónomo contra la administración de justicia denominado Encubrimiento». A tal fin señaló:

*«El Encubrimiento es en nuestra legislación un delito que está sometido al requisito básico de que no haya concierto anterior al delito mismo y que no se contribuya a llevarlo a ulteriores efectos, porque aquí radica su diferencia esencial con la **coautoría** y con la **complicidad**, y consiste en la ayuda prestada al autor de un delito, sea en forma de **asegurar el provecho, a eludir las averiguaciones de la autoridad** o a que los reos se sustraigan a la persecución de ésta o al cumplimiento de la condena, o sea, en fin **destruyendo o alterando** las huellas e indicios del delito que merezca las penas de presidio o prisión.*

*Pues bien, vistas las acciones constitutivas del delito de Encubrimiento, conforme a nuestro Código Penal, esta Corte considera que la acción del editor, director, redactor o gerente de un periódico que, sin concierto alguno con el autor material, se haya limitado solamente a permitir o autorizar la publicación del escrito o dibujo delictuoso, no encuadra en las previsiones del citado Art. 255 **ejusdem**¹¹⁵.*

¹¹⁵ Sentencia de fecha 26-7-63 de la Corte Superior Segunda en lo Penal del Distrito Federal y Estado Miranda, citada casi en su totalidad por Mariano Arcaya, ob. cit., pp. 22 a 35.

Como puede observarse de la sentencia anterior, en criterio de la Corte Superior Segunda en lo Penal del Distrito Federal y Estado Miranda, el cual también fue seguido por la Corte Superior Primera en lo Penal de la misma Circunscripción Judicial en sentencia de fecha 26-7-63¹¹⁶, no es responsable el editor, redactor, director o gerente de un medio impreso, por permitir la publicación de un escrito o dibujo delictuoso, siempre y cuando no haya habido concierto previo en la comisión del delito con el autor material del hecho. En definitiva, se requiere un elemento intencional para sancionar al editor, tal como hemos afirmado.

En sentido similar, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia que citaremos con anterioridad a los efectos de determinar la responsabilidad por difamación, dejó sentado lo siguiente:

«Como se trata, en el caso de autores, de un delito que se dice cometido por medio de la imprenta y la acusación señala al director del periódico, tal imputación lleva al examen de la responsabilidad de dicho director. El hecho mismo de ser el presbítero M.P.L. director de dicho L.C., no le atribuye apriorísticamente ninguna responsabilidad. Para que pueda imputársele no basta probar su carácter de director, es necesario que se le pruebe la redacción o colaboración en el artículo publicado en el periódico. Pudiera alegarse que el director es el que presta el medio para cometer el delito, pero no es suficiente con prestar el medio para incurrir en la complicidad del artículo 84 del Código Penal. Aunque la prestación del medio puede ser dolosa, para atribuirle al director es necesario probar que él conscientemente había ofrecido el periódico para la publicación del escrito difamatorio. Tampoco debe sostenerse la tesis contraria de que no conocido el autor del hecho delictuoso, el delito quede impune, porque con diligente investigación este autor siempre puede descubrir (sic). Si el temor de un culpable impune debiera ser justificación de la persecución de un tercero inocente, por todo delito cuyo autor se ignora, sería necesario instituir un director responsable. El cargo de un inocente turbaría más la tranquilidad social que el mismo delito que se pretende perseguir. Castigar sin la certeza de la delincuencia

¹¹⁶ Véase extracto de la sentencia citada por Mariano Arcaya, *ob.cit.*, pp. 35 y 36.

sería conspirar contra la majestad de la ley; la pena se desquiciaría de su base legítima, es decir, del principio en que descansa, que es la defensa del derecho, y se desviaría de su propio fin que es el mantenimiento de la paz social y la tranquilidad de las familias»¹¹⁷.

Para Guerra y Ferreira, la sentencia más importante hasta la fecha ha sido la dictada por la Corte Superior Primera en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en el año 1963, siendo ponente el doctor José Miguel Tamayo, la cual contiene los mismos argumentos que antes transcribimos y los hace suyos. Según Guerra y Ferreira en este fallo «se determina que en el juicio deben probarse tanto la responsabilidad del editor como la del periodista para que pueda imputárseles la comisión de los delitos de difamación e injuria sobre los cuales versa el libelo acusatorio»¹¹⁸, agregado que la sentencia «analiza las diferentes posturas doctrinarias sobre la materia y, al referirse al derecho positivo, el ponente deja ver la necesidad de que se dicte una legislación especial para regular la prensa en Venezuela»¹¹⁹.

d. El delito de vilipendio y el de ofensas a altos funcionarios

En Venezuela, se protege el honor de los poderes públicos y de ciertos altos funcionarios, a través de la figura del vilipendio y la de las ofensas al Presidente de la República y otros altos funcionarios. Ambas formas constituyen ofensas en general, pero en el primer caso la ley usa la expresión «vilipendio» refiriéndose a irrespetos u ofensas a cuerpos constituidos, sin determinación de persona, y en el segundo caso, la ley usa la de «ofensas e irrespeto» si van dirigidas a una persona específica.

El delito de ofensa o irrespeto al Presidente de la República está establecido en el artículo 148 del Código Penal según el cual:

¹¹⁷ Véase *Gaceta Forense*, N° 7 (1ra. Etapa), p. 385. Este extracto se encuentra citado por Mariano Arcaya, *ob. cit.*, pp. 44 a 46.

¹¹⁸ Guerra y Ferreira, *op. cit.*, p. 174

¹¹⁹ *Idem*.

«El que ofendiere de palabra o por escrito, o de cualquier otra manera irrespetare al Presidente de la República o a quien esté haciendo sus veces, será castigado con prisión de seis a treinta meses, si la ofensa fuere grave y con la mitad de esta pena si fuere leve.

La pena se aumentará en una tercera parte si la ofensa se hubiere hecho públicamente.

Parágrafo Unico: Si la ofensa fuere contra el Presidente de alguna de las Cámaras Legislativas o el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, la pena será de cuatro meses a dos años cuando la ofensa fuere grave, y con la mitad de esta pena, cuando fuere leve».

El delito de vilipendio está previsto en el artículo 149 del Código Penal que dice lo siguiente:

«Cualquiera que vilipendiere públicamente al Congreso, a las Cámaras Legislativas nacionales, a la Corte Suprema de Justicia o al Gabinete o Consejo de Ministros, así como alguna de las Legislaturas o Asambleas Legislativas de los Estados de la Unión o alguno de los tribunales superiores, será castigado con prisión de quince días a diez meses.

En la mitad de dicha pena incurrirán los que cometieren los hechos a que se refiere este artículo, con respecto a los Concejos Municipales.

La pena se aumentará proporcionalmente en la mitad, si la ofensa se hubiere cometido hallándose las expresadas corporaciones en ejercicio de sus funciones oficiales».

Podemos extraer algunos pasajes importantes sobre estos delitos, extraídos de la jurisprudencia venezolana:

1. «Basta pues, en recta inteligencia de los artículos 148 y 149 del Código Penal, en cuanto al medio de escritura que es lo que aquí interesa, que el autor o agente de la ofensa o el irrespeto se hayan valido de aparatos como los llamados multígrafos o máquinas de escribir, de

manuscritos, carteles o pasquines fijados en los sitios contentivos de la ofensa o el irrespeto. Memoria 139, Tomo I, p. 219»¹²⁰.

2. *«No exigen los artículos 148 y 149 del Código Penal para las ofensas e irrespetos al Presidente de la República, al Presidente de algunos de los Estados de la Unión y a otros altos magistrados tengan cabida en sus sanciones, que tales hechos se hayan cometido por medio de la prensa. La primera de las citadas disposiciones penales, en que se afirma la segunda, sólo emplea los términos «de palabra o por escrito» y a continuación la frase «o de cualquiera otra manera irrespetare». No requieren, pues, esas disposiciones legales para la configuración de los susodichos delitos, en el segundo de sus aspectos se entiende, que haya habido publicidad en un periódico, o por la imprenta propiamente dicha. Ni siquiera exigen tampoco el órgano de la «palabra», como lo enseña la frase que se deja textualmente transcrita. Memoria 1939, Tomo I, p. 219»¹²¹.*

3. *«A los efectos de los artículos 148 y 149 del Código Penal, la ofensa o el irrespeto pueden serlo no públicamente, sino con carácter absolutamente privado, vale decir, por medio de una carta dirigida personalmente al funcionario; declarado por el autor que tal carta la escribió y envió él mismo, el delito existe y cae bajo las sanciones legales. La publicidad no es, pues, característica de tales delitos y esto aparece más claramente aun en el aparte del artículo 148 que establece, como por agravante, el aumento de una tercera parte de la pena para el caso de que la ofensa «se hubiere hecho públicamente». Un agravante no es el delito mismo, que puede existir y frecuentemente existe sin aquella. Un sentido diverso conduciría a la falsedad de confundir la modalidad o manifestación de una cosa con la esencia de la cosa misma»¹²².*

En otro caso famoso en Venezuela, conocido como «Caso Díaz Bruzual», el día 30 de julio de 1985, la Corte Suprema de Justicia examinó la naturaleza de

¹²⁰ Véase Arcaya, Mariano, *Código Penal*, (Tomo I), Edisi! Impresos, C.A., p. 488.

¹²¹ Idem.

¹²² Véase *ob. cit.*, pp. 488 y 489.

las manifestaciones formuladas por el ciudadano Leopoldo Díaz Bruzual, ex-Presidente del Banco Central de Venezuela, por sus declaraciones difundidas por radio, televisión y periódicos de Caracas los días 22 y 23 del mismo mes. Estas declaraciones dieron lugar a un acuerdo de la Corte según el cual en los términos siguientes:

«1. Las aludidas manifestaciones constituyen, en concepto de la Corte, groseras ofensas contra los magistrados de una de sus Salas y vilipendio contra el más Alto Tribunal de la República y máximo representante del Poder Judicial, muy diferentes y distantes de las críticas jurídicas de las decisiones judiciales que este Cuerpo no sólo siempre ha admitido sino auspiciado.

2. Sin perjuicio del ejercicio de las acciones legales que puedan corresponder a los Magistrados directamente afectados, contra los autores de delitos expresamente contemplados en el Capítulo II del Título I del Libro Segundo del Código Penal, la Corte, con el ánimo de actuar en la forma objetiva e imparcial que siempre ha caracterizado sus actuaciones y de que sea un órgano distinto y competente del Poder Judicial quien aprecie los hechos ejecutados, ha decidido requerir al Fiscal General de la República para que proceda al enjuiciamiento de los presuntos culpables, de conformidad con lo previsto en el artículo 150 del Código Penal.

3. Al tomar el presente Acuerdo, la Corte ha tenido en consideración la circunstancia de la persistencia de campañas de nuestros contra (sic) el Poder Judicial y sus funcionarios, incluso contra algunos Magistrados de esta Corte, parte y culminación de las cuales se encuentran configuradas en los hechos que han sido antes examinados.

4. Por último, considera oportuno la Corte hacer un llamado cordial pero categórico a los medios de comunicación social para que se abstenga de dar cabida en sus espacios a expresiones ofensivas e injuriosas como las que han sido objeto de su repudio en los considerandos anteriores.

El uso correcto de la libertad de expresión del pensamiento garantizada en la Carta Fundamental, constituye la única e insustituible defensa del

sistema democrático que le sirve de sustento y por cuya preservación deben luchar en primer lugar los integrantes de una profesión que estaría constantemente amenazada por cualquier otro sistema jurídico-político diferente»¹²³.

Quizás el caso más famoso de ofensas al Presidente de la República lo constituye el «Caso Jorge Olavarría». En una edición de la revista Resumen, la cual era dirigida por este personaje, se pide el enjuiciamiento del Presidente de la República, Sr. Carlos Andrés Pérez, a finales del año 1978. A raíz de este hecho, según informaciones publicadas en esa época¹²⁴, es allanada la sede de la revista e incautada la edición N° 266 que estaba imprimiéndose. Jorge Olavarría al enterarse de esta situación, pide asilo político en la Nunciatura Apostólica, el cual le es concedido y el gobierno nacional le concede el salvoconducto y el 5 de diciembre de 1978, Jorge Olavarría se traslada como asilado político a los Estados Unidos de América.

El día 29 de febrero de 1979, el Juez IV de Primera Instancia en lo Penal dicta auto de detención a Jorge Olavarría por la comisión del delito de ofensas al Presidente de la República, establecido en el artículo 148 del Código Penal, supuestamente por la publicación de reportajes relacionados con el «Caso Carmona» y el editorial antes mencionado.

Tres semanas después del auto de detención del Juez IV de Primera Instancia en lo Penal contra Jorge Olavarría, el Sr. Luis Herrera Campins asumió la Presidencia de la República y el 13 de julio de 1979, indultó a Jorge Olavarría, luego de lo cual éste regresó al país. Sin embargo, una vez Olavarría en el país, un Fiscal del Ministerio Público presentó un escrito al Juez IV de Primera Instancia en lo Penal Guillermo Tell Aveledo, «pidiendo la inmediata encarcelación de Jorge Olavarría por cuanto «no se le había participado al Tribunal el decreto de indulto»¹²⁵.

¹²³ Tomado de González Horganero, Violeta y Martín Corona, José. **El Derecho frente a la Comunicación**, Mobilibros, Caracas, 1991, pp. 122 y 123.

¹²⁴ Véase el Caso Resumen - Olavarría en Asamblea de la SIP en **Revista Resumen**, N° 282 de fecha 1° de abril de 1979, pp. 30 a 32.

¹²⁵ Véase «El Indulto Indeciso», en: **Revista Resumen** (Año 1979).

Ya hemos comentado algo de este caso al referirnos a la figura del *habeas corpus*. Lamentablemente, desde el punto de vista jurídico, el caso no tuvo una solución valiosa ya que el acto final, el indulto, no permitió aclarar la procedencia de la aplicación del artículo 148 del Código Penal en un caso como el que comentamos, lo cual hubiera sido conveniente para la determinación de su alcance respecto al derecho a la libertad de expresión.

VI. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y SU RELACION CON OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL COMUNICADOR

Con mucha frecuencia, sobre todo en casos presentados con ocasión de programas de televisión o publicidad comercial -por ser en esta materia donde se ha ejercido un mayor control y se han dictado actos sancionatorios o prohibitivos de los que han conocido los tribunales -se ha alegado la violación, aparte de la propia libertad de expresión, de dos derechos individuales de rango constitucional; el de propiedad y el de libertad económica. La jurisprudencia ha deslindado cada uno de estos derechos en la forma que a continuación resumiremos.

1. La libertad de expresión y la libertad económica

Uno de los alegatos que es esgrimido para sostener la improcedencia de medidas de suspensión por parte del Ministerio de Transporte y Comunicaciones contra plantas televisoras es el de la existencia en la Constitución de la República del derecho a la libertad económica, consagrado en el artículo 96 y según el cual:

«Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social».

Sobre él, expresó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo lo siguiente:

«(...) el derecho a dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia está sujeto a lo que establezcan las leyes por razones de seguridad, de

sanidad u otras de interés social. En base a estos condicionamientos, en la materia se ha dictado una abundante legislación que limita la transmisión de programas, los clasifica, establece los horarios de transmisión, etc. Así, el artículo 1° de la Ley de Telecomunicaciones establece que la inspección y vigilancia de los sistemas de comunicación por medio de imágenes y señales corresponde al Estado, el cual lo ejercerá por órgano del Ministerio del ramo, y el artículo 3° de la misma Ley prevé que el Ejecutivo Nacional podrá suspender la transmisión de comunicaciones y la circulación de mensajes cuando así lo exigiere, entre otras cosas, las buenas costumbres»¹²⁶.

En una sentencia más reciente, la Corte Suprema de Justicia, esta vez en Sala Plena, conociendo de un recurso de inconstitucionalidad, precisó la verdadera incidencia que pueden tener en el derecho a la libertad económica algunos actos del Ejecutivo Nacional que impiden o prohíben cierto tipo de manifestación de la libertad de expresión como es la publicidad.

En este caso, un particular impugnó una resolución del Ministerio de Transporte y Comunicaciones que limitaba la publicidad en medios de transporte público¹²⁷ y la sentencia de la Corte expresó lo siguiente:

«(...) se observa que la publicidad de productos de lícito comercio, encuadra dentro del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 96 de la Constitución. En efecto, ninguna ley ha prohibido la comercialización de licores y cigarrillos, tratándose por tanto de productos de lícito comercio, cuya publicidad forma parte de una actividad lucrativa lícita, igualmente sujeta únicamente a las limitaciones que la ley imponga por las mismas razones antes señaladas de seguridad, sanidad u otras de interés general. En consecuencia, una prohibición de publicar estos productos en determinados medios de transporte en modo alguno tiene

¹²⁶ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 14 de agosto de 1990, publicada en la misma fecha.

¹²⁷ La resolución impugnada fue la N° 230 de fecha 14 de agosto de 1987, publicada en la Gaceta Oficial N° 262.204 de la misma fecha que establecía las normas «a las cuales deben ceñirse las personas jurídicas que aspiren a obtener una autorización para la colocación de carteles publicitarios en vehículos destinados al transporte público».

la naturaleza de una medida de índole administrativa que discrecionalmente pueda adoptar el Ejecutivo Nacional, sin fundamento legal alguno»¹²⁸.

En este caso, la Resolución impugnada permitiría la publicidad en determinado medio de transporte (Metro) y no en otros, lo que observó el Alto Tribunal lo siguiente:

«(...) es un hecho notorio que la publicidad de los productos en referencia no está prohibida en otros medios de tránsito terrestre; esta situación viene a configurar la discriminación alegada por la recurrente en cuanto pone en evidencia una naturaleza, si se quiere caprichosa, de la prohibición, puesto que a los efectos de la invocada aspiración a la protección a la salud pública, a la que se supone tiende la medida, no se comprende qué diferencia puede hacer en el ánimo del público, que la incitación al consumo de estos productos puede no ser permitida en ciertos medios de transporte en particular y en cambio permitida en otros, así como en los medios de publicidad escritos»¹²⁹.

Por estos motivos, concluyó la Corte, que la decisión administrativa impugnada, al establecer una limitación a la libertad económica, violó el artículo 96 de la Constitución de la República, constituyendo esta sentencia una determinación por parte de la Corte del límite de la regulación estatal de una forma de expresión muy importante, como es la publicidad, lo cual era necesario hacer ya que la Administración, en una actitud muchas veces caprichosa, como lo anota la misma Corte, sin una motivación jurídica válida, sin sustento técnico-científico, muchas veces se excede en su control sobre las maneras de vender los productos resultado de las actividades permitidas por la ley. De allí, el contrasentido de que permitiéndose la actividad que los produce y realizándose ésta en ejercicio legítimo del derecho establecido en el artículo 96 de la Carta Magna, se pretendía limitar ese derecho sin ninguna razón.

¹²⁸ Sentencia en caso «Publivalas» de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada, doctora Josefina Calcaño de Temeltas, de fecha 7 de octubre de 1992, p. 16, publicada en la misma fecha.

¹²⁹ Véase sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia antes citada, p. 17.

En un caso más reciente, a propósito también del derecho a la libertad económica, una planta privada de televisión denunció, frente a un acto del Ministerio de Transporte y Comunicaciones que suspendía la emisión de uno de sus programas, que «la conducta que se pretende imponer (...) impide el libre desarrollo de sus actividades lícitas en contravención clara de sus derechos constitucionales»¹³⁰. En criterio de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo:

*«No puede presumirse (...) que el Ministro de Transporte y Comunicaciones lesione el derecho consagrado en el artículo 96 de la Constitución, por el sólo hecho de ejercer el control de las telecomunicaciones (...)»*¹³¹.

Puntualizó nuestro Máximo Tribunal lo siguiente:

*«(...) lo que es más importante para el caso de autos -observa la Sala-, el acto impugnado no guarda relación con el supuesto derecho infringido, ya que mediante aquél, no se está prohibiendo la actividad de (...) como estación televisora, sino que se le está sancionando por -esto, a juicio del órgano encargado de su control conforme a la Ley Orgánica de Administración Central-, haber transgredido determinadas disposiciones legales y sublegales de las que rigen tal actividad»*¹³².

En otro caso, el Alto Tribunal declaró con lugar un amparo, presentado conjuntamente con un recurso de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad, por otro canal televisivo contra el Decreto Presidencial N° 2.497 de fecha 20 de agosto de 1992, que plantea, entre otros aspectos, que «una misma persona natural o jurídica no podrá ser titular de concesiones o permisos para operar estaciones de televisión que transmitan señales diferentes y con cobertura en una misma ciudad»¹³³. También indica este decreto que ninguna persona natural

¹³⁰ Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 26-04-93, publicada en la misma fecha, p. 13.

¹³¹ Véase sentencia citada de fecha 26-04-93, p. 15.

¹³² Véase sentencia citada de fecha 26-04-93, p. 15. Los criterios transcritos de esta sentencia fueron ratificados íntegramente por la misma sala, en sentencia de fecha 28-4-93 (Caso Venevisión-Cheverísimo v. MTC).

¹³³ Véase diario «El Universal» de fecha 28-4-93.

o jurídica que tenga acciones en una estación de televisión podrá, a través de su cónyuge, o de personas interpuestas o vinculadas, ejercer sobre otras concesionarias de televisión un control que exceda el diez por ciento.

La Corte Suprema de Justicia estimó en este caso que existe presunción grave de que el decreto lesiona el derecho a la libertad económica, establecido en el artículo 96 de la Constitución, en particular, el desarrollo de la actividad como concesionario de la prestación del servicio de televisión, so pena de sanciones como la revocatoria o suspensión.

Señalamos que para nuestro máximo tribunal, el ejercicio de facultades de control sobre los medios de comunicación de acuerdo con la Ley de Telecomunicaciones no significa una violación al derecho de libertad económica. Sin embargo, esta última conclusión no ha sido aplicada por la Corte Suprema de Justicia en algunos casos. Por ejemplo, en Sala Plena consideró que el referido Decreto N° 2.497, relativo al «Régimen y Control de las Concesiones de Televisión», «podría lesionar el derecho constitucional de los accionantes a la libre actividad lucrativa», por lo que concluyó que se justificaba «la suspensión del decreto impugnado mientras dure el juicio de nulidad»¹³⁴ y en consecuencia ordenó la suspensión al caso concreto del mismo y la abstención de su aplicación a los solicitantes, mientras durare el juicio de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad.

2. La libertad de expresión y el derecho a la propiedad privada

Las consideraciones hechas respecto al derecho a la libertad económica son aplicables, como lo ha expresado la jurisprudencia, al derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 99 de la Constitución de la República, en el que se lee:

«Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida, a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general».

¹³⁴ Véase sentencia citada, p. 18.

La jurisprudencia ha considerado que la propiedad privada, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley, no da al particular una habilitación para realizar actividades económicas sin límites. En efecto, en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 14 de agosto de 1990, se dejó establecido, a propósito de la denuncia de la violación del derecho de propiedad por una planta televisora, por la suspensión de la transmisión de un programa, que con la actuación de la autoridad administrativa no debía concluirse que se hubiere «producido violación alguna a tal derecho. Es posible que las ganancias de la accionante puedan verse mermadas por la no transmisión de un programa, o por la no transmisión del mismo en un determinado horario, pero también este derecho se encuentra sujeto a las obligaciones que establezca la ley en virtud del interés general»¹³⁵.

Este criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo fue ratificado por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la cual conoció del mismo caso en virtud de la apelación ejercida por la accionante. Al respecto señaló que el derecho de propiedad, establecido en el artículo 99 de la Constitución de la República y el derecho a la libertad económica, establecido en el artículo 96 del Texto Fundamental, encuentran limitaciones en las leyes y, por ello, «la aplicación de dichas limitaciones no puede significar violación de esos mismos derechos»¹³⁶.

CONCLUSIONES

Como conclusión de los diversos tópicos que hemos analizado en materia de libertad de expresión, y en particular la doctrina y jurisprudencia sobre su alcance, podemos señalar lo siguiente:

1º La libertad de expresión no es un derecho absoluto ni exento de restricciones, sino que por el contrario, es un derecho fundamental reconocido consti-

¹³⁵ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 14 de agosto de 1990 (Caso Acción de Amparo de Radio Caracas Televisión v. MTC).

¹³⁶ Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Román Duque Corredor, de fecha 11-12-90, publicada en la misma fecha, p. 12.

tucionalmente a los particulares, pero que encuentra límites en el ejercicio del derecho ajeno o el interés de los terceros. En este sentido, y sólo como un ejemplo, debemos recordar que las expresiones que, de conformidad con la ley, pueda constituir delito, quedan sujetas a sanción.

2° Sin embargo, y ello también es esencial en un Estado de Derecho, como forma de garantizar su ejercicio, la libertad de expresión en ningún caso puede estar sometida a censura previa, aunque sí a censura posterior, como lo ha aceptado la jurisprudencia. Incluso en períodos de suspensión o restricción de garantías constitucionales, tal prohibición se mantiene, aunque ello pretende ser desconocido.

3° El régimen de las comunicaciones, tanto impresa como audiovisual, está sometido a regulación y control por el Estado, y los particulares, cuando realizan actividades en esta área, deben cumplir las obligaciones que se le impongan. En particular, el Estado puede sancionar a los infractores de las normas limitativas de la libertad de expresión, sin que ello implique práctica de censura.

4° La Constitución de la República permite al Presidente suspender o restringir las garantías constitucionales, en caso de emergencia, conmoción que pueda perturbar la paz de la República o de graves circunstancias que afecten la vida económica y social. Tal suspensión o restricción implica la suspensión temporal de la garantía de la reserva legal. En tal período los derechos constitucionales cuya garantía fue suspendida o restringida podrán ser regulados o limitados por actos del Poder Ejecutivo con rango de ley.

La garantía constitucional a la reserva legal implica que los derechos constitucionales solamente pueden ser regulados y limitados por leyes, de manera que el Poder Ejecutivo no puede regular ni limitar tales derechos. Una vez suspendida la garantía a la reserva legal, lo procedente es que el Poder Ejecutivo limite y regule los derechos correspondientes, mediante decreto con rango y valor de ley, dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

No obstante, en las tres oportunidades en las que en el segundo gobierno de Carlos Andrés Pérez, se suspendió la garantía constitucional de la libertad de expresión, ésta no fue luego regulada por decretos-leyes, lo que ocasionó la aplicación de la censura previa y una suspensión del Estado de Derecho, ya

que se consideró que el derecho estaba suspendido, lo que conllevó una política de fuerte censura a través de funcionarios del gobierno llamados «censores», que decidían las informaciones que iban a ser publicadas en cada periódico durante el período de suspensión, instaurando una censura previa que le estaba vedada, pues el Ejecutivo, ni basado en el régimen de suspensión puede atribuirse más poderes que los que tiene el propio Congreso ordinariamente.

5° Los actos del Estado que pudieran considerarse violatorios de la libertad de expresión pueden ser impugnados a través del recurso de nulidad, por ilegalidad o inconstitucionalidad, o a través de la acción de amparo cuando exista una violación directa de algún derecho constitucional. Esta última vía puede ser ejercida, a su vez, en forma autónoma, cuya decisión es definitiva en el restablecimiento de la garantía constitucional violada, o como medida cautelar conjunta con un recurso de nulidad, en cuyo caso lo que hace es suspender los efectos del acto administrativo impugnado, si es declarada procedente, mientras se decide el recurso de nulidad.

Por tener los actos administrativos efectos inmediatos frente al destinatario (principio de la ejecutividad) y poder ser ejecutados por la misma administración, sin necesidad de ocurrir a un juez, salvo que la ley lo disponga (principio de ejecutoriedad), existe en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, además de la mencionada Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la figura de la suspensión de los efectos de los actos administrativos, la cual es procedente cuando el recurrente demuestre que es indispensable tal suspensión para evitar un daño irreparable. En caso de violación de la libertad de expresión, el particular cuenta, entonces, con una serie de recursos judiciales para defenderse.

6° Motivos de seguridad pueden ameritar la limitación de la libertad de expresión. Sin embargo, se ha constatado que en ocasiones el Ejecutivo ha pretendido realizar inaceptables restricciones a través de la distorsión de aquella noción. Así, si bien es lógico imponer límites a la información y expresión cuando la seguridad o defensa lo aconsejen, no puede permitirse que el Estado le de un alcance a la noción que vacíe de contenido el propio derecho del comunicador.

7° La moral pública o conjunto de valores que distinguen a una civilización o pueblo, es otro de los aspectos que limita el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, ésta puede variar de época en época, aun en un mismo país y entre una cultura a otra. Tal moral pública es un concepto jurídico indeterminado, pero ello no quiere decir que otorga facultades discrecionales a la Administración ya que, una vez determinado su concepto, debe aplicarse a todos los casos, sin que exista facultad discrecional alguna para el órgano administrativo.

8° El derecho a la vida privada es un derecho constitucional que limita el de la libertad de expresión, aun cuando se trata de las denominadas personas públicas o célebres. Si bien en el caso de estas últimas el concepto de vida privada es más estrecho, ellas mantienen un margen de vida privada que debe respetarse y no divulgarse.

9° Por otra parte, toda persona tiene derecho a la no reproducción de su propia imagen sin su consentimiento, salvo que se trate de personas públicas, por necesidades de justicia, para fines científicos, culturales o históricos o se trate de hechos de interés público o desarrollados en público.

10° Además, la libertad de expresión debe respetar el honor de las personas y son delito las expresiones que atentan contra el honor o reputación del individuo. El Código Penal tipifica como delitos que protegen el honor de las personas, a la difamación y la injuria, siendo límites a la libertad de expresión. Sobre estos delitos tenemos que:

a) El llamado *animus narrandi* no puede constituir una justificación para eximir de responsabilidad penal a la persona que difunda un hecho determinado que exponga a otra al odio o al desprecio público.

b) El editor, redactor, director o gerente de un medio impreso no es responsable por permitir la publicación de un escrito o dibujo delictuoso, siempre y cuando no haya habido concierto previo en la comisión del delito con el autor material del hecho.

c) Los delitos de difamación e injuria son de mero peligro y no reclaman para su consumación, que se produzca efectivamente un daño en la reputación o en el honor de la víctima.

d) La verdad de los hechos imputados al difamado no excluye la responsabilidad del difamante en la comisión del delito de difamación, a menos que se trate la persona ofendida de un funcionario público, por algún hecho que se relacione con el ejercicio de sus funciones; cuando hubiere pendiente o se iniciare juicio contra el difamado; o cuando el querellante solicite expresamente que la sentencia se pronuncie sobre la verdad o falsedad del hecho difamatorio.

11° En Venezuela se protege el honor de los poderes públicos y de altos funcionarios, lo cual limita también la libertad de expresión, a través de los delitos de vilipendio y el de ofensas a altos funcionarios.

BIBLIOGRAFIA

I. Ensayos y artículos de doctrina

ALCALA, Gilberto, «Proyecto de Ley sobre la Vida Privada y su Incidencia Negativa en el Derecho a la Información» en: **Revista del Consejo de la Judicatura**, N° 32, Caracas, 1984.

ANDUEZA, José Guillermo, «Interpretación del Aparte Unico del Artículo 66 de la Constitución» en: **20 Años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981**, Tomo V, Caracas, 1982.

_____, «La Libertad del Pensamiento y la Protección a la Vida Privada», en: **XI Jornadas Domínguez Escovar sobre Derechos Humanos**, Barquisimeto, 1986.

ARCAYA, Mariano, **Código Penal**, Caracas, 1982.

AYALA CORAO, Carlos. «La inseguridad jurídica ocasionada por las regulaciones militares a las garantías constitucionales suspendidas» en: **Revista de Derecho Público**, N° 37 (Enero-Marzo 1989), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989.

BREWER-CARIAS, Allan R., «Consideraciones sobre la Suspensión o Restricción de las Garantías Constitucionales», en: **Revista de Derecho Público**, N° 37 (Enero-Marzo 1989), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989.

_____, «Limitaciones a la Libertad de Información en el Derecho Comparado», en: **Revista de la Facultad de Derecho**, N° 47, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970.

CHALBAUD ZERPA, Reinaldo. «Libertad de Expresión y Derecho a la Intimidad», en: **XI Jornadas Domínguez Escovar sobre Derechos Humanos**, Barquisimeto, 1986.

DAZA, Argenis, «Los Delitos de Expresión y la Protección del Derecho desde la Vertiente Etica» en: **Revista Comunicación**, N° 77 (Tercer Trimestre 1992), Caracas, 1992.

FAUNDEZ, Héctor y Jorge Luis SUAREZ, **Aspectos jurídicos de la libertad de expresión en Venezuela**, Universidad Católica «Andrés Bello», Caracas, 1993.

FUENMAYOR ESPINA, Alejandro. «La Revolución de la Teletécnica y la Libertad de Informacioón» en: **El Derecho Venezolano en 1982**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982.

GONZALEZ HORGANERO, Violeta y MARTIN CORONA, José. **El Derecho frente a la Comunicación**, Mobilibros, Caracas, 1991.

GUERRA, Luis Beltrán y Eddie FERREIRA. «La Libertad Individual. Algunas Consideraciones sobre la Libertad de Prensa» en: **20 Años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981**, Tomo V, Caracas, 1984.

MENDOZA, José Rafael. «El Derecho de Intimidad», en: **Revista de la Facultad de Derecho**, N° 19, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1960.

NARANJO OSTTY, Rafael; LANDAETA ARIZALETA, Carlos; CHIRAMO, Beltrán y RODRIGUEZ ARIZALETA, Antonio. **En Defensa de la Libertad de Expresión**, Editorial CeJota (Publicaciones Escritorio Naranjo Ostty), Caracas, 1982.

PIERRE TAPIA, Oscar R., «Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información», en: **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**, N° 4 (Abril 1984), Caracas.

RONDON DE SANZO, Hildegard, **Los Estados de Excepción en el Derecho Venezolano**, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

SUAREZ MEJIAS, Jorge Luis. «La Libertad de expresión y el Proyecto de Reforma de la Ley de Ejercicio del Periodismo», en: **Temas de Comunicación**, N° 6, Escuela de Comunicación Social, Universidad Católica «Andrés Bello», Caracas, 1994.

II. Compilaciones de dictámenes y jurisprudencia

PIERRE TAPIA, Oscar R. **Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo**, Caracas.

_____, **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**, Caracas.

_____, **Jurisprudencia de los tribunales de última instancia**, Caracas.

RAMOS FERNANDEZ, Mary, «Jurisprudencia Administrativa y Constitucional», en: **Revista de Derecho Público**, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

VENEZUELA, Corte Suprema de Justicia, **Gaceta Forense. Organo de la Corte Suprema de Justicia**, Fundación Gaceta Forense, Caracas.

_____, Procuraduría General de la República, **Doctrina de la Procuraduría General de la República**, Caracas.

III. Hemerografía

«El allanamiento de la Fiscalía General constituye violación del Estado de Derecho», en: **Revista Resumen**, N° 490 (27-03-83).

«El Caso RESUMEN-Olavarría en Asamblea de la SIP», en **Revista Resumen**, N° 282 (1-4-79).

«El Indulto Indeciso», en **Revista Resumen** (año 1979).

«Jorge Olavarría fue detenido en la Fiscalía General de la República» en:
Revista Resumen, N° 489 (20-3-83).

«La orden de arresto contra Jorge Olavarría es un atropello a las libertades democráticas», en: **Revista Resumen**, N° 489 (20-3-83).