

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO SUPUESTO LÍMITE INMANENTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Gabriel Sira Santana*

Abogado

Resumen: *La colaboración parte del fallo N° 359 del 06-05-2014 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y lo asentado en el mismo de que el respeto de los derechos de los niños es uno de los límites intrínsecos de la libertad de expresión, a fin de establecer si tal afirmación es correcta según el derecho vigente y las aproximaciones de la doctrina en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales o si, más bien, se trata de la instrumentalización de tal interés para que el Estado proceda a limitar esa y otras libertades que está llamado a promover.*

Palabras Clave: *Interés superior del niño, libertad de expresión, ponderación.*

Abstract: *The paper is based on ruling No. 359 of 05-06-2014 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice and what is stated therein about the rights of children as one of the intrinsic limits of freedom of speech, in order to establish whether such statement is correct according to the law and the approximations of the doctrine regarding the restriction of fundamental rights or if, in reality, it instrumentalize such interest so that the State can limit that and other freedoms that it is called to promote.*

Key words: *Best interest of the child, freedom of speech, weighting.*

El presente trabajo tiene por objeto determinar cuál es la relación que existe entre el interés superior del niño y la libertad de expresión, y si tal interés puede constituir un límite inmanente de la segunda a tenor de lo que el foro jurídico, el derecho venezolano y el derecho convencional –con énfasis en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos– entienden por cada uno de estos términos.

A fin de lograr el objetivo propuesto, tomaremos como hilo argumental el fallo N° 359 del 06-05-2014 (caso: Diario Meridiano)¹ de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo, SC/TSJ), cuyo criterio sobre el tema que nos ocupa fue reiterado en los fallos N° 429 del 08-06-2016 (caso: La Patilla y Caraoa Digital) y N° 884 del 03-11-2017 (caso: Semanario Deportivo El Herald)², ambos de la misma Sala, según tendremos oportunidad de retomar más adelante.

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

¹ Disponible en <https://bit.ly/3iM43zJ>

² Disponibles en <https://bit.ly/3yPqvvh> y <https://bit.ly/3yZRtSQ>, respectivamente.

1. LA INTERPRETACIÓN VINCULANTE DE LA SC/TSJ QUE MOTIVA ESTAS REFLEXIONES

En fecha 14-01-2009 un ciudadano interpuso ante la SC/TSJ una “*acción de amparo constitucional por interés difusos*” -recalificada por la Sala como una demanda por intereses colectivos³- “*en representación de sus menores hijos (...) y de todos los niños, niñas y adolescentes del país*” en contra de un diario de circulación nacional con el objeto de “*hacer cesar las publicidades de clasificados porno en periódicos y revistas para el público en general*” ya que, en criterio del accionante, este tipo de anuncios vulneraba los artículos 46 (derecho a la integridad física, psíquica y moral), 58 (derecho a la información, con inclusión de que “[*los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral*]”), 75 (protección de la familia por parte del Estado “*como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas*”) y 108 (obligación de los medios de comunicación social de contribuir a la formación ciudadana) de la Constitución de la República⁴, en adición al inexistente “*artículos 17 letra E pacto (sic) de San José de Costa Rica*”⁵.

Cinco años después, oída la opinión de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público a favor del planteamiento del accionante, la SC/TSJ declaró parcialmente con lugar la demanda y ordenó, entre otros:

...eliminar toda imagen de carga o contenido sexual explícito o implícito de los anuncios publicitarios en los medios impresos de libre acceso a niñas, niños y adolescentes, relativos a los anuncios de estímulos de la actividad sexual que promuevan servicios comercialmente ligados a la explotación del sexo y se coloque en los mismos que se trata de servicios exclusivos para mayores de dieciocho (18) años.

Lo anterior, aunado a la publicación de esta decisión en la Gaceta Oficial de la República, “*en virtud de que el presente fallo fija una interpretación vinculante de normas constitucionales*”.

Esta interpretación, si bien la Sala no la identificó expresamente como tal en la parte motiva o dispositiva del fallo comentado⁶, no sería otra que el criterio asentado de que “*el respeto de los derechos de niñas, niños y adolescentes es uno de los límites intrínsecos de la libertad de expresión*”, visto que “*el ejercicio de tal derecho civil a través de los medios de*

³ Véase el fallo N° 589 del 15-05-2009 de la SC/TSJ, por el cual se admitió la demanda, en <https://bit.ly/2VRhGo7>

⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999, reimpressa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

⁵ Entendemos que la referencia era, más bien, a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas cuyo literal “E” del artículo 17 determina que los Estados “[*p*]romoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18”. El texto de la Convención puede consultarse en <https://bit.ly/3CJXQMJ>

⁶ Véase sobre la interpretación vinculante en general Jesús María Casal, “Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 8, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 197-199 y 205-217. El autor recuerda que “[*s*]ólo la *ratio decidendi*” –entendida como “*las razones básicas y necesarias que fundamentan la parte resolutive o dispositiva de la sentencia*”– “*integra el precedente vinculante, que rige los casos sustancialmente iguales que se presenten posteriormente, y se extiende a otros casos con base en el razonamiento analógico*”, por lo que la *obiter dicta* como “*afirmaciones complementarias o tangenciales emitidas en el pronunciamiento judicial*” estarían desprovistas de tal carácter.

comunicación social implica para estos últimos especiales responsabilidades, como la de garantizar su correcto y cabal ejercicio, así como de contribuir con el efectivo desarrollo de los derechos culturales y educativos de la población en general”, lo que en definitiva justificaba que se restringiera la libertad de expresión de los anunciantes para –en criterio de la Sala– salvaguardar los derechos de los menores de edad.

Al respecto, la pregunta que nos planteamos sería: ¿es esto cierto? Es decir, ¿es en realidad el interés superior del niño –o el respeto de los derechos de los niños y adolescentes, en los términos de la Sala– un límite intrínseco, interior o inmanente del derecho a la libertad de expresión? Esta es la interrogante que procuraremos responder en las siguientes páginas, una vez precisemos qué se entiende por cada uno de los derechos mencionados.

II. LOS DOS DERECHOS EN TENSIÓN

Antes de conocer cuál fue la motivación que ofreció la SC/TSJ para arribar a las conclusiones citadas *supra* consideramos relevante referirnos a los derechos sobre los cuales versó la causa que comentamos, ya que ello permitirá conocer con mayor precisión tanto el contenido mínimo o esencial de cada uno de estos derechos⁷ como sus posibilidades de restricción⁸.

Así, por lo que respecta a la libertad de expresión podemos destacar que ella, de acuerdo con el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹, “*comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*”¹⁰.

En este sentido –y como sostuvimos en otra oportunidad¹¹– se trata de una libertad ampliamente estudiada por organismos internacionales (entre ellos: la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²), tribunales nacionales¹³ y el foro jurídico¹⁴ que, no siendo nuestra

⁷ Véase sobre este contenido en general Jesús María Casal, *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*, Editorial Temis y KAS, Bogotá, 2020, pp. 265-302.

⁸ Véase *ibid.*, pp. 189-302 y Luis Prieto Sanchís, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades*, Vol. 8, Instituto Bartolomé de las Casas, Lima, 2000, pp. 429-468, en <http://hdl.handle.net/10016/1395>

⁹ Disponible en <https://bit.ly/2WuG2kF>

¹⁰ Véase en idénticos términos el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en <http://bit.ly/38kQ39x>

¹¹ Véase Gabriel Sira Santana, “La libertad de expresión en las redes sociales y su restricción por parte del Estado”, *Revista de Derecho Público*, N° 165, EJV, Caracas, 2021, pp. 346-356.

¹² Véase algunos de sus criterios al respecto en Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte IDH y CDHDF, México DF, 2007, en <https://bit.ly/3m1bNzP>

¹³ A modo de ejemplo, véase en Venezuela el fallo N° 1942 del 15-07-2003 de la SC/TSJ (caso: Rafael Chavero Gazdik) y en Colombia el fallo N° T-391/07 del 22-05-2007 de la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional (caso: El Mañanero de la Mega). En <http://bit.ly/34vns0h> y <https://bit.ly/37yCog7>, respectivamente.

¹⁴ Véase por ejemplo Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, EJV y OID, Caracas, 2008 y Freddy Orlando, *La libertad de expresión en Venezuela*, EJV, Cara-

intención profundizar sobre los pormenores de tales reflexiones, nos basta con conceptualizarla como lo hace la Convención citada con dos presiones: (i) La libertad de expresión se distingue de la libertad de información en que esta última se visualiza bajo un prisma objetivo –es decir, el recibir o difundir hechos verídicos o noticiosos–, mientras la primera posee un halo subjetivo al versar sobre opiniones, pensamientos e ideas que no necesariamente guardan relación con la realidad y corresponden a juicios de valor¹⁵; y (ii) La libertad de expresión no solo abarca la posibilidad de *expresar* un mensaje, sino también que este sea efectivamente percibido por terceros dada la dimensión social del derecho¹⁶.

Ahora bien, como todo derecho –salvo la vida y la integridad física, psíquica y moral suele decirse, aunque no sin cierto debate– el derecho a la libertad de expresión no es absoluto y puede ser objeto de limitaciones o restricciones, siempre que estas no constituyan una suspensión absoluta... Ni siquiera en casos de excepción como los vividos durante la reciente pandemia de la COVID-19¹⁷.

Con ocasión de lo anterior, el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[e]l ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo [libertad de expresión] entraña deberes y responsabilidades especiales” y, por ende, “puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Esta idea la retoma la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13.2 –con el agregado que estas restricciones no pueden originar censura previa sino responsabilidades ulteriores– y 13.3, al señalar que “[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares (...) o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

cas, 2015. Este último realiza un interesante repaso de cómo ha sido consagrado este derecho en nuestra historia constitucional.

¹⁵ Véase María Candelaria Domínguez Guillén, “El derecho a la identidad como límite a las libertades de expresión e información”, *Revista de Derecho*, N° 9, TSJ, Caracas, pp. 343-359 y Fernando Flores Giménez, “Las libertades de expresión e información en la Constitución de Venezuela: análisis de una confusión”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 125-135.

¹⁶ Véase Carolina Puppio, “Libertad de expresión vs. Ley de Contenidos. Reflexiones de cara a la aprobación de una ley de contenidos en Venezuela”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6, Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 167-169 y Héctor Faúndez Ledesma, “La libertad de expresión”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 78, UCV, Caracas, 1990, p. 252. Este último apunta que “la verdadera importancia del derecho (...) no radica en la facultad de tener las opiniones que nos parezca conveniente (...), sino en la posibilidad de exteriorizarlas, poder manifestarlas y transmitir las a otras personas, y muy especialmente a aquellas que puedan tener un punto de vista diferente al nuestro”.

¹⁷ Así lo recordó el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en su Resolución A/HRC/44/L.18/Rev.1 del 14-07-2020 al exhortar a los Estados a “[a]bstenerse de utilizar las leyes de seguridad nacional y salud pública para restringir el derecho a la libertad de opinión y expresión de manera contraria a sus obligaciones en virtud del derecho internacional, entre otras cosas, asegurándose de que todas las medidas adoptadas (...) se ajusten plenamente a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, incluidos los principios de legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad”. En <https://bit.ly/2YwF4pG> Sobre la pandemia en general véase Allan R. Brewer-Carías y Humberto Romero-Muci (coordinadores), *Estudios jurídicos sobre la pandemia del COVID-19*, ACIENPOL y EJV, Caracas, 2020.

En otras palabras, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos traído a colación, el derecho a la libertad de expresión puede ser restringido sí, y solo sí, se cumple un elemento formal -es decir, que la limitación esté prevista en una ley¹⁸ como manifestación del principio de la reserva legal¹⁹- y un elemento material, en el sentido que **(i)** el legislador haya evaluado de un modo racional y objetivo que la limitación es ineludible para salvaguardar el interés general²⁰ o los derechos de un tercero -con especial mención a su reputación, honor, vida privada e intimidad²¹-, y **(ii)** que tal limitación se dé de un modo idóneo y proporcional. Sobre estas ideas volveremos más adelante al comentar el fallo que motiva estas líneas.

Por último, en cuanto a la libertad de expresión, hemos de mencionar que las disposiciones del derecho internacional ya reseñadas fueron claramente recogidas en el derecho venezolano, siendo muestra de ello el artículo 57 de la Constitución de la República conforme con el cual:

Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

En otras palabras, el texto constitucional sería cónsono con el derecho señalado *supra* en el sentido que **(i)** reconoce el derecho a la libertad de expresión, **(ii)** prohíbe la censura y **(iii)** prevé la responsabilidad ulterior por el ejercicio de este derecho; agregándose una serie de prohibiciones que, con base en la imposibilidad de censura comentada, funcionarían como limitaciones y causales de responsabilidad posterior -en los términos que determine la ley, y solo la ley- y no como supuestos que avalen la autocensura o la instauración de órganos que determinen previamente si el mensaje puede o no emitirse.

En otro orden de ideas, por lo que se refiere al interés superior del niño, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contienen alguna alusión al respecto²², el epicentro de su regulación lo hallamos es

¹⁸ En el caso venezolano, por ella entendemos “*el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador*”, según el artículo 202 de la Constitución de la República.

¹⁹ Véase al respecto Casal, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., pp. 142-148 y José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 1, 5° reimp., TSJ, Caracas, 2006, pp. 600-615.

²⁰ Término calificado como un concepto jurídico indeterminado y, por ende, cuyo significado preciso depende del caso concreto, admitiéndose una única solución justa una vez evaluada la situación. Véase Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: ¿naciones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 8, UMA, Caracas, 2016, pp. 221-233, en <https://bit.ly/3g4dlp4>

²¹ Véase Rafael Ortiz-Ortiz, “Configuración del derecho a la intimidad como derecho civil fundamental”, *Revista de Derecho*, N° 5, TSJ, Caracas, 2002, pp. 87-149. Téngase presente que la doctrina (Domínguez Guillén, ob. cit.) precisa que la vulneración de otros derechos como la identidad guarda relación es con la libertad de información, por lo que escaparían de nuestro objeto de estudio.

²² Véase el artículo 19 de la primera conforme con el cual “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, a lo que el artículo 24.1 del segundo agrega que este derecho regirá “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento”.

en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959²³ y la ya citada Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 -ambas de las Naciones Unidas- que se refieren a la necesidad de que el niño²⁴ goce de:

...una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño²⁵.

No obstante, lo dicho, al no brindar estos textos mayor precisión de lo que debe entenderse por el interés que nos ocupa y sus limitaciones -al contrario de como sí vimos ocurre con la libertad de expresión- se hace necesario acudir al foro jurídico para dotar al mismo de un contenido propio que nos permita, en el acápite siguiente, ver su relación con la libertad de expresión.

En este sentido, los autores nacionales²⁶ definen al interés superior del niño como “*un principio fundamental que orienta todo cuanto concierne a la materia atinente al Derecho de la Niñez y de la Adolescencia*”²⁷ o, lo que vendría a ser lo mismo, un “[p]rincipio de capital importancia y de indispensable aplicación” cuyas “*particularidades (...) lo hacen de obligatoria ponderación y uso en aquellos asuntos concretos que requieran una resolución acorde con el Derecho de la niñez y de la adolescencia*”, si bien se reconoce que “*por representar un ‘concepto jurídico indeterminado’, su aplicación es sumamente compleja y demanda altas facultades del intérprete*”, a la par que su concreción se hace depender del caso analizado²⁸.

Estas aproximaciones doctrinales son cónsonas con la definición que ofrece el legislador venezolano en el artículo 8 de la LOPNNA al catalogar al interés superior del niño como “*un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños*”, a fin de “*asegurar el desarrollo integral de los niños (...) así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías*”.

A lo dicho, el artículo citado agrega dos consideraciones de valor para nuestro objeto de estudio: (i) el legislador parece ser conteste con la idea del interés como concepto jurídico indeterminado al destacar que “[p]ara determinar el interés superior (...) en una situación

²³ Disponible en <https://bit.ly/2VXoGzH>

²⁴ El término, a los efectos de este trabajo, engloba a toda persona menor de dieciocho años de edad, por lo que incluye tanto a los niños en sentido estricto (menor de doce años) como a los adolescentes (con doce o más años de edad y menos de dieciocho). Dicho margen temporal es tomado del artículo 2 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (en lo sucesivo, LOPNNA), publicada en la Gaceta Oficial N° 6.185 Extraordinario del 08-06-2015.

²⁵ Principio 2 de la Declaración citada. El interés en cuestión se incluye también en el principio 7 de la misma Declaración, referido al derecho a la educación, así como en seis artículos de la mencionada Convención en donde se cataloga como una “*consideración primordial*” a la que debe atender el Estado y la sociedad “[e]n todas las medidas concernientes a los niños” (artículo 3.1).

²⁶ En caso que el lector desee profundizar sobre los dichos del Poder Judicial en la materia se recomienda la consulta de Gabriel Sira Santana, “El interés superior del niño en las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2013-2017)”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 10, RVLJ, Caracas, 2017, pp. 981-1005, en <https://bit.ly/2VXBYg7>

²⁷ Lourdes Will Rivera, “Visión jurisprudencial sobre el interés superior del niño”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 136, UCV, Caracas, 2012, p. 149.

²⁸ Edison Lucio Varela Cáceres, “Introducción al derecho de la niñez y de la adolescencia”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 4, RVLJ, Caracas, 2014, pp. 141-142.

concreta se debe apreciar” una serie de situaciones particulares²⁹, y (ii) que en caso de “*conflicto entre los derechos e intereses de los niños (...) frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*” en “*aplicación del Interés Superior*”.

Esta última disposición resulta de especial relevancia para el tema que nos ocupa y hace prudente recordar que, como apunta el foro, a pesar de que el interés superior del niño se caracteriza por su indeterminación –sin que ello equivalga a la arbitrariedad de su concreción–, el mismo se encuentra sujeto a ciertos límites entre los que encontramos que “[s]u aplicación demanda que exista una afectación directa, manifiesta y necesaria de un derecho o deber de un menor de edad” que se constate en “una situación específica”, por una parte, y no debe transfigurarse en “una patente de corso que permita adecuar el ordenamiento jurídico a las pretensiones mezquina[s] de algunos que desean escudarse en los infantes, para subvertir el Derecho”, por la otra³⁰.

Así las cosas, del primero de estos límites se desprendería que, más allá de las connotaciones meramente interpretativas o como principio orientador que se le han dado al interés superior del niño, para que él se materialice en el mundo de las realidades se requiere que exista un derecho específico a ser protegido (integridad física, salud, educación, vivienda, información, y así sucesivamente), ya que el interés lo que hace es favorecer la garantía de este último sin que puedan hacerse interpretaciones en abstracto o aplicarse en ausencia de un caso concreto.

Esta visión, es oportuno mencionar, fue compartida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, Corte IDH) en la Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño³¹, donde este cuerpo destacó que el “*principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano*” (párr. 56) y sirve “*como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento [Convención sobre los Derechos del Niño], cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades*” (párr. 59)³².

En tanto, por lo que se refiere al segundo límite interesa destacar que el mismo fue puesto de relieve por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en su Observación General N° 14/13 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial³³, al considerar que aun cuando el interés superior del niño es un “*concepto triple*”³⁴ y dinámico que debe evaluarse adecuadamente según el caso concreto, como ya

²⁹ A saber: la opinión del niño en el caso que se plantea; la “necesidad de equilibrio” –que bien podría dar lugar a un juicio de ponderación– entre los derechos y garantías de los niños y sus deberes, entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño y entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño; así como la condición específica de los niños como personas en desarrollo.

³⁰ Varela Cáceres, ob. cit., pp. 145-147.

³¹ Disponible en <https://bit.ly/2VTtlc2>

³² Véanse algunos ejemplos de cómo la Corte IDH invoca este principio en los casos reseñados en Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: niños, niñas y adolescentes*, Corte IDH, San José, 2018, pp. 43-48, en <https://bit.ly/3m51udX>

³³ Disponible en <https://bit.ly/3yKOnSK>

³⁴ El Comité destaca que esta naturaleza alude a su carácter de derecho sustantivo (“*derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida*”), un principio jurídico interpretativo fundamental (“*si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se*

dijimos, tal valoración nunca puede dar pie a su manipulación -o instrumentalización- por parte de la autoridad para justificar sus políticas o actuaciones en general pues, en estos casos, la invocación del interés superior del niño no sería más que un ardid argumentativo para avalar una decisión que poco o nada tiene que ver con el desarrollo integral de los menores de edad y la garantía de sus derechos, con la única intención de valerse del *status superior* que tanto el derecho interno como internacional le concede a los niños y su protección.

En resumen, como ocurre con todo concepto jurídico indeterminado, la Administración Pública y el Poder Judicial habrían de tratar al interés superior del niño con suma precisión y cuidado al ejercer sus funciones, so pena de correr el riesgo de desnaturalizarlo y, con ello, que el mismo deje de ser una limitación legítima -y preferente- a otros derechos fundamentales.

Hechas las precisiones conceptuales anteriores, pasamos de seguida a retomar el fallo de la SC/TSJ que hemos elegido como hilo argumental de este trabajo a fin de determinar si el actuar de dicha Sala fue cónsono con lo aquí descrito o, por el contrario, la misma habría incurrido en los abusos advertidos.

III. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SC/TSJ EN EL FALLO N° 359/2014

Al motivar su fallo N° 359/2014 la SC/TSJ expuso que la pretensión del demandante de impedir la divulgación de anuncios publicitarios -actividad que, vale decir, se encuentra amparada por la libertad de expresión según el fallo N° 1092 del 13-07-2011 (caso: Corporación Industrial Class Light, C.A. y otros) de la misma Sala³⁵- con presunta carga sexual en publicaciones periódicas a las cuales los niños podían acceder libremente, generaba “*un conflicto entre derechos constitucionales que debe ser resuelto*”. A saber: la libertad de expresión del anunciante y el derecho de los niños a obtener una información adecuada para su desarrollo integral.

En este sentido, visto que “*la libertad de expresión y a la libre empresa se encuentran delimitados por -entre otros- el derecho de niñas, niños y adolescentes de ser protegidos integralmente por parte del Estado, también previsto en nuestro texto fundamental, siendo todos ellos de igual jerarquía jurídica*”, se requería que la Sala hiciera “*una ponderación de la situación concreta, de modo de garantizar la mayor efectividad del texto constitucional sin sacrificar el contenido esencial de ninguno de los derechos constitucionales*”.

El planteamiento anterior fue complementado por la Sala acudiendo a su fallo N° 1566 del 04-12-2012 (caso: Diarios El Progreso y El Luchador)³⁶ en donde ella recordó que “*la*

elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”) y una norma de procedimiento (al momento de decidir un caso que repercute en el niño, quien decide deberá motivar cómo tomó su decisión, evaluó el interés y llevó a cabo la ponderación).

³⁵ Disponible en <https://bit.ly/3iMoEUh> En la causa, los recurrentes intentaron una acción de nulidad contra el único aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre (prohibición de instalar publicidad de licores en vías de comunicación) por la supuesta violación de los derechos a la igualdad y a la libertad económica. El recurso fue declarado sin lugar, en parte, porque “*la libertad de expresión en materia publicitaria no se limita a la mera exteriorización de una idea o pensamiento, sino que constituye una verdadera manifestación del ejercicio a la libertad económica, en cuanto que la expresión publicitaria es, de ordinario y salvo la publicidad oficial, una actividad mercantil que, como tal, se encuentra sujeta a las restricciones que el artículo 112 de la Carta Magna impone a los derechos económicos*”.

³⁶ Disponible en <https://bit.ly/3ySZOYw> La causa versó sobre la publicación de imágenes de sucesos sangrientos en la primera y última página de la prensa, sobre lo cual la Sala determinó que “*las referidas publicaciones deben ser divulgadas bajo una advertencia previa o su reseña en páginas*

mencionada libertad [de expresión] no es absoluta por cuanto el ámbito de protección se encuentra restringido a la vulnerabilidad de otros derechos que bajo ciertas circunstancias pueden requerir una protección incluso mayor a los referidos derechos”, siempre que tal restricción atendiese “a circunstancias de oportunidad proporcionalidad y razonabilidad, las cuales pueden variar de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso concreto, y la misma debe derivar en primer lugar, de un fundamento legal que otorgue ámbitos de protección”. Hasta aquí, todo conforme con el Derecho Constitucional.

La situación se complica cuando, luego de mencionar la Sala que el “análisis de proporcionalidad” llevaba consigo que “se pondere entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla a quien se le impone, a los efectos de medir si la finalidad perseguida no es más restrictiva a la protección que el ejercicio del derecho en sí mismo”, la SC/TSJ afirmó que “el respeto de los derechos de niñas, niños y adolescentes es uno de los límites intrínsecos de la libertad de expresión”.

Este argumento plantea una diatriba visto que, si concurrimos con la Sala en cuanto al límite intrínseco, carece entonces de sentido hablar de ponderación³⁷ pues el interés superior del niño y los derechos en él basados siempre imperarán sobre la libertad de expresión, independientemente del caso que se trate, por lo que los derechos en tensión en realidad no tendrían “igual jerarquía jurídica” como la SC/TSJ apuntó en el mismo fallo y exige la ponderación como prerequisite.

Con motivo de lo anterior, somos del criterio que esta noción del límite intrínseco –al menos en los términos absolutos planteados por la Sala³⁸– no solo sería ajena a la igualdad de los derechos fundamentales, sino el propio concepto del interés superior del niño que, como vimos, al ser un concepto jurídico indeterminado lleva necesariamente consigo el estudio del caso concreto porque pueden darse circunstancias en las cuales lo que debería imperar es la libertad de expresión³⁹.

internas donde no se identifique gráficamente los rostros de las referidas personas”, en pro de la integridad personal y la salud mental de los niños, entre otros derechos de la población en general.

³⁷ Aunque el estudio de esta figura rebasa el objeto de estas páginas se recomienda la consulta de David Martínez-Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004, p. 301, para quien la ponderación como justificación racional de una decisión judicial íntimamente relacionada con un caso concreto consiste en el “procedimiento para la resolución de conflictos normativos a partir de la atribución de un ‘peso’ o grado de importancia a cada una de las alternativas en conflicto en las circunstancias del caso”, que concluirá con que el derecho que tenga mayor relevancia –sin que pueda hablarse de un vencimiento total por tener ambos la misma jerarquía– será el que prevalezca sobre el otro en el mencionado caso concreto.

³⁸ Téngase presente que este tipo de límites no es extraño al foro jurídico y tampoco se concibe de modo unívoco. Así lo advierte Casal, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 100, al destacar que “la expresión de límites inmanentes (...) ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional Federal [alemán] para calificar a los límites de un derecho resultantes de su colisión con otros derechos o bienes constitucionales”, en tanto el término puede adquirir otro significado visto desde las teorías internas y externas sobre los límites de los derechos fundamentales.

³⁹ Piénsese en el caso hipotético de una editorial que se dedique a publicar libros de opinión de reconocidos analistas políticos que hagan oposición al partido de gobierno y que un sector de la población –o peor aún: el propio Estado– le exija que cambie su línea editorial y ahora se dedique a la publicación de libros infantiles a fin de garantizar, con miras en el interés superior del niño, el derecho a la educación y recreación de los menores de edad ante la falta de editoriales que se dediquen a ese sector. En nuestro criterio, este ejemplo plantea un caso en el cual debería prevalecer la libertad de expresión de los autores y de la editorial; pero de tomarse como válida la idea del límite

Ahora, ¿significa ello que la Sala incurrió en un error al darle primacía a los derechos de los niños sobre el de los anunciantes en el caso analizado? Si partimos del derecho venezolano -y abstrayéndonos de valoraciones personales que de momento no vienen al caso- habríamos de concluir que la respuesta a esta interrogante es negativa. No porque “*el respeto de los derechos de niñas, niños y adolescentes es uno de los límites intrínsecos de la libertad de expresión*”, como errada y peligrosamente afirmó la Sala, sino por los motivos que ella luego asentó al continuar con la motivación de su fallo. Nos explicamos.

Tal como dijimos en el acápite anterior, toda restricción de la libertad de expresión debe cumplir con un elemento formal (previsión legal) y material (juicio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad).

En cuanto al primero de estos elementos podemos destacar que la LOPNNA dedica parte de su articulado al derecho de los niños a la información (en general) y a recibir información sexual de acuerdo con su desarrollo (en particular) en los artículos 68 y 50 respectivamente, agregándose como disposiciones de especial interés para el tema que nos ocupa las siguientes:

Artículo 74. Envoltura para los medios que contengan informaciones e imágenes inadecuadas para niños, niñas y adolescentes. Los soportes impresos o audiovisuales, libros, publicaciones, videos, ilustraciones, fotografías, lecturas y crónicas que sean inadecuados para los niños, niñas y adolescentes, deben tener una envoltura que selle su contenido y una advertencia que informe sobre el mismo. Cuando las portadas o empaques de éstos contengan informaciones o imágenes pornográficas, deben tener envoltura opaca.

Artículo 79. Prohibiciones para la protección de los derechos de información y a un entorno sano. Se prohíbe: (...) b) Vender o facilitar de cualquier forma a niños, niñas y adolescentes o exhibir públicamente, por cualquiera de los multimedia existentes o por crearse, libros, revistas, programas y mensajes audiovisuales, información y datos en redes que sean pornográficos, presenten apología a la violencia o al delito, promuevan o inciten al uso de tabaco, sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas o que atenten contra su integridad personal o su salud mental o moral.

Artículo 92. Prevención. Está prohibido vender o facilitar, de cualquier forma, a los niños, niñas y adolescentes: (...) f) Informaciones o imágenes inapropiadas para su edad.

Es decir, que el legislador nacional habría fijado ciertas limitaciones al derecho a la libertad de expresión en pro de la protección de los niños, sin que tales restricciones anularán por completo el primero ya que de la lectura de la ley se desprende que los anuncios publicitarios como los que dieron origen a la causa comentada pueden seguirse emitiendo, siempre que se inserten en medios que no resulten de libre acceso para los menores de dieciocho años.

De este modo, el ordenamiento jurídico venezolano daría satisfacción al primero de los requisitos que hemos mencionado para que sea procedente una restricción de la libertad de expresión (recordamos: la previsión legal), siendo prudente señalar que aun cuando este supuesto no está previsto en la Constitución de la República como uno de los pocos usos *no permitidos* de esta libertad⁴⁰, lo que exige tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es que la limitación

intrínseco defendida por la Sala la conclusión sería muy diferente, dando pie adicionalmente a la instrumentalización del interés superior como advertimos *supra*.

⁴⁰ Recuérdese que según el artículo 57 de la Carta Magna, “[n]o se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa”.

esté prevista en una ley⁴¹ como manifestación del principio de la seguridad jurídica que debe caracterizar a todo Estado de Derecho⁴², de lo que se desprende que la limitación podría ser válida a pesar de no hallarse expresamente en el texto constitucional⁴³.

En este sentido, no habiendo duda que la LOPNNA es una ley⁴⁴, el elemento formal estaría satisfecho y habríamos de pasar al siguiente, referido a la parte material de la restricción –o, lo que es lo mismo, su justificación– visto que, como apunta la doctrina, “[l]a licitud de las restricciones de derechos humanos depende no solo de que estén previstas en normas de naturaleza legislativa, sino también de que posean justificación suficiente”, ya que “[t]ales restricciones no pueden ser impuestas gratuitamente ni han de presumirse válidas, pues solo resultan admisibles cuando persiguen la satisfacción de fines legítimos”⁴⁵.

De este modo, al poder calificarse al fin que persigue la LOPNNA en los artículos citados –a saber: favorecer el desarrollo psicosocial de los niños con información que sea adecuada para su edad, sin exponerlos a contenidos que podrían resultar perjudiciales para dicho desarrollo⁴⁶– como legítimo, nos quedaría por determinar si las restricciones que estos artículos prevén son necesarias, idóneas y proporcionales.

Así, al evaluarse la necesidad como “la inexistencia de una medida alternativa que, sin comprometer el nivel de idoneidad o eficacia inicialmente previsto, afecte en menor grado el derecho restringido o no lo afecte en absoluto”⁴⁷, consideramos que la exigencia de la LOPNNA sería cónsona con este requisito visto que lejos de reducir la libertad de expresión al mínimo o inclusive suprimirla (como podría haber ocurrido de prohibirse la venta o distri-

⁴¹ Véase sobre cómo la Corte IDH ha entendido este término en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Casal, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., pp. 328-333.

⁴² Véase en general Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM, México DF, 2004, pp. 585-587, para quien los derechos que se derivan de la seguridad jurídica “son tal vez los que más clara relación guardan con el concepto de Estado de derecho en sentido formal”, y presentan dos dimensiones: “una que tiene que ver con la previsibilidad de nuestras acciones en cuanto a sus consecuencias jurídicas, y otra que está referida al funcionamiento de los poderes públicos”, pudiendo resumirse las exigencias de ambas en los aforismos *lege promulgata, manifesta, plena, stricta, previa y perpetua*.

⁴³ Téngase adicionalmente presente que, si bien la limitación no encontraría sustento en el artículo 57 de la Constitución de la República, sería posible argumentar que ella deriva de su artículo 112 al considerarse a la publicidad como una actividad económica y, por ende, sujeta a las “limitaciones que (...) establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, (...) u otras de interés social”, como en su momento sostuvo la Sala en el ya mencionado fallo N° 1092/2011.

⁴⁴ Nótese que si bien la ley vigente es del año 2015, para la fecha de interposición de la demanda y de la emisión del fallo objeto de comentarios resultaba aplicable la ley homónima publicada en la Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinario del 10-12-2007, que no presenta variaciones sobre el tema que nos ocupa.

⁴⁵ Casal, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 333.

⁴⁶ Nótese que la precisión de este tipo de contenido, más que responder a valoraciones morales del legislador y del intérprete, debería tomar en cuenta estudios de profesionales de las ciencias de la salud, sociales y de humanidades que puedan responder con base en criterios objetivos qué resulta apropiado en términos generales para el desarrollo de los niños, sin que en ningún momento pueda el legislador –ni el Estado en general– pretender sustituir a los padres en la formación de sus hijos pues, como recordamos prevé el artículo 75 de la Carta Magna, la familia es “el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas”.

⁴⁷ Casal, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 222.

bución de material pornográfico o con cierta carga sexual, independientemente de la edad del comprador o receptor), la misma dejó “*espacios de libertad*”⁴⁸ al permitir que los mensajes de esta naturaleza puedan ser percibidos por terceros, una vez salvaguardado el interés superior del niño.

Lo mismo podríamos decir sobre la idoneidad y la proporcionalidad de estas medidas al referirse la primera a la aptitud para alcanzar o contribuir al fin deseado –y precisado *supra* para el caso que nos ocupa– y la segunda a la necesaria concordancia que debe existir entre el fin perseguido y la medida implementada, alcanzándose el mayor beneficio posible con el menor costo posible.

Es justamente sobre esta línea argumental que se movió la SC/TSJ cuando afirmó, por ejemplo, que la pornografía “*no es ilícita, mas por mandato legal no debe ser presentada libremente a niñas, niños y adolescentes, a quienes el Estado tiene la obligación constitucional de proteger, en este caso, de la explotación lucrativa de sus pasiones e instintos y de la información que se les pueda suministrar sobre la actividad sexual*”, a lo que agregó que en el caso concreto:

...se observa, que se encuentran presentes los supuestos necesarios para limitar el derecho a la libertad de expresión como lo son: a) que se establezca mediante ley; b) que la finalidad sea salvaguardar ciertos bienes jurídicos relevantes, como lo es en el presente caso el interés superior de los niños y las niñas en cuanto a su formación, educación y salud, que son bienes y valores jurídicos relevantes y tutelables, que poseen un interés general; c) que se trate de medidas necesarias en una sociedad democrática, en la cual se busca que las instituciones protejan los derechos esenciales de los habitantes; y d) existe la necesidad de imponer el límite o restricción de manera proporcional a la finalidad perseguida.

Es decir que la Sala, luego de efectuar un juicio de proporcionalidad entre los derechos en tensión –como ya lo había hecho anteriormente el legislador al sancionar la LOPNNA–, asentó que al cumplirse el elemento formal y material de la restricción de la libertad de expresión en pro del desarrollo e información de los niños, los anunciantes habían de ajustar su conducta al interés superior de los primeros, concluyendo en consecuencia “*que los medios de comunicación social (...) de libre acceso a niñas, niños y adolescentes, tienen la responsabilidad de transmitir información adecuada para este público, incluyendo la publicidad comercial (...) y una prohibición específica de publicar contenidos que atenten contra su adecuado desarrollo, tales como aquellos de contenido pornográfico*” o, en el caso de autos, que sin ser propiamente pornográficos “*incitan a la estimulación sexual (...) con fines comerciales*”.

En virtud de lo anterior, la Sala concluyó que “*todos los medios impresos que sean de libre acceso a niñas, niños y adolescentes*” deben abstenerse “*de publicar anuncios publicitarios en los que mediante imágenes y textos sugestivos de la actividad sexual se promuevan servicios comerciales ligados a la explotación del sexo*”, aun cuando se permite que en estos medios se difunda “*publicidad y ofrecimiento de actividades relacionadas con el sexo, así como la solicitud de personas para ser contratadas como modelos a través de los llamados anuncios clasificados*” siempre que no hagan uso de imágenes sexuales que puedan afectar el “*núcleo de otros derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes*”⁴⁹.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Nótese que se está consciente de la aparente contradicción en la que incurre la Sala al destacar que la publicidad de “*actividades relacionadas con el sexo*” sería posible siempre que no se acompañara de “*imágenes sexuales*”, habiendo sostenido unos párrafos más arriba que existía una limitación general vinculada con los “*anuncios publicitarios en los que mediante imágenes y textos sugestivos*”

En otras palabras: al existir una previsión legal que, en el caso concreto, proscribía la publicación de mensajes como los que eran divulgados por los anunciantes en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión en la prensa de libre acceso, se justificaba la intermediación del Poder Judicial con el objetivo de asegurar la *vigencia* de dichas previsiones y, en definitiva, favorecer el fin legítimamente perseguido por el legislador que no era otro que la protección de los niños ante mensajes que podrían representar un riesgo para su desarrollo integral.

Del razonamiento anterior queremos destacar dos puntos que nos acercan a la conclusión de este trabajo:

El *primero*, es el rol fundamental que tiene la ley al momento de evaluarse si un determinado mensaje se encuentra amparado –o no– por la libertad de expresión, siendo la regla general que, al ser la libertad de expresión “*en todas sus formas y manifestaciones, (...) un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas*”, “*además, [de] un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática*”⁵⁰, toda persona cuenta con la libertad para emitir cualquier tipo de mensaje –por duros, injustos o perturbadores que sean⁵¹– con la particularidad que, de concluirse en un procedimiento en el que se garantice el debido proceso que el mensaje en cuestión incurrió en alguna de las restricciones expresamente fijada por la ley, el emisor podría ser sancionado. Claro está, siempre que la ley prevea una sanción para este supuesto de hecho pues, de lo contrario, el binomio ilícito-sanción estaría incompleto y el Estado no estaría facultado para ejercer su *ius puniendi* en contra del particular.

Y en segundo lugar, es que el test de proporcionalidad que efectúa el operador judicial como método para determinar cuál derecho debe prevalecer ante una situación de conflicto o tensión entre dos o más derechos ha de responder al estudio del caso concreto, como se constata en las múltiples referencias que la SC/TSJ hizo sobre el contenido de diferentes anuncios y que dejan entrever que, lejos de poderse evaluar la limitación en abstracto como podría derivarse del hecho de considerar al interés superior del niño como un límite intrínseco de la libertad de expresión –como ella sostuvo en un inicio, prácticamente como si se tratase de un *asunto de mero derecho*–, resulta imperativo conocer las circunstancias particulares que se arguyen para conocer si estas encuadran o no en la previsión legislativa que hemos mencionado, visto que solo en este último caso la restricción será válida y no estaremos en incurrimento en la temida y antidemocrática censura –tanto previa como en su modalidad de auto-censura– pues, como bien afirma la Sala:

Al realizar una interpretación que se fundamente en la libertad del hombre y la mujer, se debe concluir que cuantas más personas se informen y opinen, más garantías habrá de que la democracia funcione, en donde la voluntad general debe ser el producto de la deliberación, en la que todos y cada uno de los individuos que forman parte de una sociedad, deben opinar y discutir cada aspecto relacionado con la construcción de la misma, por lo que la Sala Consti-

vos de la actividad sexual se promuevan servicios comerciales ligados a la explotación del sexo”, de lo que podría desprenderse que la publicidad sería posible solo si mediara un lenguaje parco o sobrio.

⁵⁰ Principio primero de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <https://bit.ly/3807vAz>

⁵¹ Frase acuñada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, p. 21, en <https://bit.ly/2WCsPpU>, al defender la libertad estudiada y rechazar toda forma de censura.

tucional del Tribunal Supremo de Justicia, en defensa de este derecho, debe proteger todos los discursos y posiciones, ya que dentro de una sociedad libre y comprometida con la responsabilidad moral y ética individual, cualquier censura previa sobre el fundamento del contenido es incompatible con la idea de que existe tal compromiso en nuestra sociedad.

Ideas estas que son compartidas tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la declaración de principios mencionada –particularmente, en el principio 5 que destaca que “[l]a censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión (...) difundida a través de cualquier medio de comunicación (...) debe estar prohibida por la ley” y “[l]as restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”– como la Corte IDH en su conocido caso de “La Última Tentación de Cristo”⁵², al sostener en su párrafo 70 que si bien:

...el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.

Nótese que este criterio resulta de especial interés para el tema que nos ocupa al reconocer que “la protección moral de la infancia y la adolescencia” –término que equivaldría al interés superior del niño desarrollado en estas páginas– opera como una excepción a la censura previa que tiene por objeto regular el acceso a espectáculos públicos. No obstante, como toda excepción, la misma habría de interpretarse de modo restrictivo (acceso a espectáculos públicos) sin que ella pueda extenderse a supuestos como los abordados en el fallo N° 359/2014 de la SC/TSJ (publicidad en prensa) que, hasta donde llega nuestro conocimiento, no han sido objeto de pronunciamientos por parte de la Corte IDH⁵³, fortaleciéndose en consecuencia la importancia de una correcta valoración del elemento formal y material de la restricción para evitar su tergiversación.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

El fallo N° 359/2014 plantea dos razonamientos que podríamos considerar como contrapuestos, encontrándose solo uno de ellos conforme con la posibilidad de restringir derechos fundamentales.

El primero de ellos versa sobre el test de proporcionalidad, ampliamente desarrollado en el acápite anterior y que coloca el énfasis en la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la limitación de la libertad de expresión, haciéndose depender todos estos factores de una disposición legislativa previa visto que, en toda sociedad democrática y derecho, la libertad es la regla y la restricción la excepción.

El segundo, en tanto, plantea que el interés superior del niño constituye un límite intrínseco a la libertad de expresión y, por ende, siempre debe prevalecer sobre esta última, independientemente de que exista o no una ley que prevea el caso concreto.

⁵² Véase Serie C, N° 73 del 05-02-2001 (caso: Olmedo Bustos y otros v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas), en <https://bit.ly/3AZWZ8H>

⁵³ Véase sobre las sentencias de la Corte IDH y la libertad de expresión en general: Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 16: libertad de pensamiento y de expresión*, Corte IDH, San José, 2018, en <https://bit.ly/2WfwQUd>

Consideramos que este último planteamiento es contrario a las exigencias que tanto el derecho convencional como nacional, junto con la doctrina, determinan que deben satisfacerse para que una restricción de un derecho fundamental –y en el caso que nos avoca: de la libertad de expresión– sea válida, ya que de otro modo estaríamos abriendo las puertas a un universo de limitaciones cuya legitimidad radicaría simplemente en que se trata de medidas que se toman “en protección de los niños y adolescentes”, vista la obligación que tiene el Estado de salvaguardar a estos últimos y garantizar su prioridad absoluta, aun cuando ello equivalga a vulnerar los derechos fundamentales del resto de la población.

Este riesgo, queremos advertir, no es meramente teórico. Para muestra podemos mencionar los fallos N° 429/2016 y N° 884/2017 citados al inicio de esta colaboración que reiteraron en el criterio del fallo N° 359/2014 estudiado *supra* al avalar no solo restricciones en contra de los medios contra los que se intentaron las demandas –a saber, sobre la publicación de videos de linchamientos e imágenes de contenido sexual, respectivamente– sino que se exhortó a las autoridades administrativas competentes a que “*haciendo la búsqueda respectiva, imponga las sanciones pertinentes a los fines de la cancelación de las direcciones electrónicas de contenido pornográfico explícito o implícito*” (fallo N° 884/2017).

Se trata de una decisión que podría parecer cónsona con el interés superior del niño y los artículos de la LOPNNA citados en este trabajo. Sin embargo, no podemos dejar de preguntarnos cuáles serían los efectos del exhorto indicado y si, con base en el mismo, podría proceder el bloqueo de páginas como Twitter –a saber, el principal medio de comunicación en el país dado el *cerco* y la censura imperante que existe en la radio, televisión y prensa nacional– visto que en dicha red social es posible acceder a “*contenido pornográfico explícito o implícito*”.

Según el fallo N° 884/2017, y los criterios que ha venido asentando la Sala Constitucional en relación con la preponderancia absoluta del interés superior de los niños sobre cualquier otro derecho o interés personal –aquí nos hemos referido a la libertad de expresión según el fallo N° 359/2014, pero lo mismo podría aplicar para la información y hasta la recreación–, la respuesta al planteamiento anterior sería afirmativa.

Es decir, que el indeterminado interés superior del niño se configuraría como un límite intrínseco a cualquier otro derecho y su delimitación recaería siempre en manos del juzgador, quien tendría amplia discrecionalidad para fundamentar su decisión constituyéndose todo ello, en definitiva, en una violación al artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al plantearse una restricción de la libertad de expresión por medios indirectos (a saber: la supuesta protección del niño). No creemos necesario ahondar en los riesgos que razonamientos de este tipo presentan para nuestras libertades, derechos y la propia sociedad democrática.