

El interés superior del niño como limitante a la libertad de expresión, a propósito de la sentencia N° 359/2014 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Gabriel Sira Santana*

Sumario

Introducción

- 1. Aproximación conceptual al interés superior del niño**
- 2. La sentencia N° 359 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 06 de mayo de 2014**
 - 2.1. La acción de amparo constitucional por intereses difusos intentada*
 - 2.2. Argumentos del demandado y de los terceros coadyuvantes*
 - 2.2.1. Alegatos de la representación judicial del demandado*
 - 2.2.2. Opinión de la Defensoría del Pueblo*
 - 2.2.3. Opinión del Ministerio Público*
 - 2.3. La motivación del fallo*
- 3. Análisis de la decisión**
 - 3.1. La ponderación de los derechos constitucionales en conflicto.*
 - 3.2. El interés superior del niño como limitante a la libertad de expresión*

Conclusiones

Introducción

El interés superior del niño no es un concepto novedoso. Su origen –al menos en el ámbito positivo– se puede encontrar en la Declaración de los Derechos

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *Summa Cum Laude*; cursando especialización en Derecho Administrativo. Investigador en el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP).

del Niño de 1959 de la Organización de las Naciones Unidas¹ que lo precisa en sus principios 2 y 7. Así el interés superior del niño se debe tomar como norte al momento de legislar en pro del desarrollo de la niñez –por gozar el niño² de una “protección especial”– (principio 2) y cómo dicho interés debe ser el principio rector para su educación (principio 7).

Con posterioridad, en el año 1989, los Estados Miembros de la Organización ya mencionada firmaron la Convención sobre los Derechos del Niño³. En dicha convención se puede apreciar la gran importancia que se le dio al interés superior del niño gracias a su inclusión expresa en seis de sus 54 artículos. A saber: 3 (como principio general), 9 (patria potestad), 18 (responsabilidad común de los padres en la crianza y el desarrollo del niño), 21 (adopción), 37 (privación de libertad del niño) y 40 (debido proceso penal del niño).

En este sentido, según el artículo 3 de la Convención, el interés superior del niño se constituye en una consideración primordial a la que atenderán las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, en todas las medidas concernientes a los niños.

¹ Organización de las Naciones Unidas. Declaración de los Derechos del Niño, 1959. Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=a/res/1386%20\(xiv\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=a/res/1386%20(xiv)) [consultado el 28 de junio de 2014]. Antes de esta fecha ya se habían adoptado convenios internacionales sobre la protección de los niños y adolescentes, como lo es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, pero en los mismos no se hacía referencia al llamado “interés superior del niño”, sino que, únicamente, se enlistaban sus derechos y las responsabilidades que tenían los mayores de edad (generalmente los padres) respecto a ellos.

² Se considera prudente indicar que el término “niño” en el presente trabajo, salvo indicación en contrario, engloba a toda persona comprendida desde su nacimiento hasta los 17 años de edad por lo que incluye tanto a los niños en un sentido estricto (menor de 12 años de edad) como a los adolescentes (con 12 o más años y menor de los 18 años de edad). Dicho margen temporal es tomado del artículo 2 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.859 extraordinario del 10 de diciembre de 2007.

³ Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=a/res/44/25> [consultado el 28 de junio de 2014].

Realizada la introducción anterior, necesaria para delimitar el punto bajo estudio, en el presente trabajo pretendemos realizar unas breves consideraciones sobre el interés superior del niño y cómo el mismo ha sido empleado por el Poder Judicial –específicamente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia– como una limitante a la libertad de expresión.

Para ello, luego de brindar una noción general de lo que es el interés superior del niño, pasaremos a analizar la sentencia N° 359 de la Sala Constitucional del 06 de mayo de 2014 en la que, en protección del interés superior del niño, se limitó el derecho a la libertad de expresión en medios impresos de libre acceso al público.

1. Aproximación conceptual al interés superior del niño

A primera vista, el interés superior del niño pudiese ser calificado como un “concepto jurídico indeterminado” en el sentido que incorpora un juicio de valor: ¿Cuál es, o mejor dicho, qué es el interés superior del niño y cómo se lleva a la práctica en el caso concreto?

También, pudiese pensarse que por su aparente vaguedad el interés superior del niño es un postulado que abre las puertas a la autoridad –en función ejecutiva, legislativa o judicial– para que esta de modo discrecional –o incluso, arbitrariamente– proceda a decidir a conveniencia, escudándose en que por medio del curso de la acción tomada se está protegiendo este interés que funge como su principio rector.

En este sentido, diversos autores han tratado de solventar esta problemática delimitando la noción del interés superior del niño.

Parte de estas definiciones son recopiladas por Ravetllat-Ballesté quien, partiendo de la obra de Roca Trias⁴ y Joyal⁵ conceptualiza a este interés como

⁴ Citado en Ravetllat-Ballesté, Isaac: “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. En: *Educatio Siglo XXI*. N° 30-2. Universidad de Murcia. Murcia, 2012, pp. 93. Expone el autor que al definir Roca Trias al interés superior del niño

“la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales, a las personas” en el sentido que no se trata de un concepto vacío sino que, por el contrario, “su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad”⁶.

Es decir, que una primera acepción del interés superior del niño nos llevaría a afirmar que este no es más que aquella garantía que debe brindar el ordenamiento jurídico para que la autoridad —entendida en un sentido laxo— proteja los derechos del niño; por ser este último incapaz de exigir el auxilio requerido ante situaciones que vulneren, o amenacen con vulnerar, sus derechos e intereses.

Nótese entonces que, para que opere el interés superior del niño, se requiere que exista un derecho específico a ser protegido; más allá de las connotaciones meramente interpretativas —como principio orientador— que se le han dado al interés en cuestión. Sin embargo, lo anterior no constituye un axioma o verdad absoluta, pues muchos son los autores que discrepan de esta visión⁷.

Es quizás en vista de ello que la propia Organización de las Naciones Unidas procedió en el año 2013 a dictar la “Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial

como un concepto jurídico indeterminado, este “es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad”.

⁵ Citado en *ibíd.*, pp. 94. En palabras del autor, el interés superior del niño es la “unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley”.

⁶ *Ibíd.*, pp. 96.

⁷ Para muestra, autores como Sánchez-Hernández y Seijas, en *Ibíd.*, pp. 94, llegan a sostener que el interés superior del niño no es más que un concepto que se forma en la conciencia de la autoridad judicial según circunstancias lógicas y gracias al conocimiento, experiencia, sensibilidad y datos aportados por las partes. Es decir, que se trataría de un proceso discrecional en el cual el juez, actuando como buen padre de familia —si cabe la expresión—, decidiría en cuáles casos y cómo debe prevalecer un derecho sobre otro, en aplicación del interés *in comento*.

(artículo 3, párrafo 1)⁸. De la cual se desprenden las siguientes conclusiones: i. El interés superior del niño es un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente según el contexto. ii. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. iii. El interés superior del niño es un concepto triple pues debe ser entendido como un 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); un principio jurídico interpretativo fundamental (si una norma admite más de una interpretación se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior); y 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). iv. Debido a su carácter flexible, el concepto ha dejado margen a la manipulación y ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y autoridades estatales para justificar sus políticas. v. Si bien el interés superior del niño es una consideración primordial, en caso de conflicto con los intereses de otra persona, ambos intereses deberán ser sopesados cuidadosamente encontrando un “compromiso adecuado”. Si no es posible armonizar los intereses en conflicto se concederá lo que sea mejor para el niño previa ponderación. vi. El interés superior del niño se aplica en dos fases: primero se determinan los elementos pertinentes del caso concreto y luego se sigue el procedimiento de ley (debido proceso). vii. Para evitar la arbitrariedad, se recomienda elaborar un listado no exhaustivo ni jerárquico de los elementos a ponderar al momento de evaluar el interés superior. Entre estos elementos se encuentra la opinión del niño, su identidad (sexo, edad, nacionalidad, entre otros factores), el entorno familiar, su seguridad y vulnerabilidad, los derechos a la salud y la educación, entre otros.

Visto lo anterior, el interés superior del niño puede ser finalmente definido como la garantía de disfrute que debe otorgar el Estado a los niños para que

⁸ Organización de las Naciones Unidas. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 2013. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc.c.gc.14_sp.pdf [consultado el 28 de junio de 2014].

estos gocen plenamente de sus derechos, como niño y como persona. Siendo que, en caso de conflicto, la autoridad deberá ponderar objetivamente los intereses en juego, sin que le sea permitido emplear el interés en cuestión como un fundamento que se baste a sí mismo, pues él siempre guardará relación directa con un derecho (el que se pretende garantizar y se ve amenazado o violado).

Así se tiene que el interés superior del niño posee un contenido concreto –aunque flexible– y no puede ser catalogado como un mero supuesto abstracto y general que “da para todo”. Pues justamente, si lo entendemos de este último modo, estaríamos frente a una figura que puede ser invocada y moldeada en cualquier momento por la autoridad para perseguir fines que no solo sean ajenos a la protección del niño, sino también dirigidos en desmedro de la sociedad civil⁹.

2. La sentencia N° 359 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 06 de mayo de 2014

El 06 de mayo de 2014 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictó el fallo N° 359¹⁰ a través del cual declaró parcialmente con lugar la demanda que por intereses colectivos incoó un ciudadano actuando en representación de sus hijos menores de edad “y de todos los niños, niñas y adolescentes del país”, en contra de un diario de circulación nacional, con la intención de hacer cesar las publicidades de clasificados –en su criterio pornográficos– en periódicos y revistas para el público en general. Producto de esta decisión se ordenó, entre otras medidas:

⁹ En caso que el lector desee profundizar sobre este tema lo referimos a las siguientes publicaciones: Varela Cáceres, Edison Lucio: “Introducción al Derecho de la niñez y de la adolescencia”. En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 4. Caracas, 2014, pp. 141-148; Wills Rivera, Lourdes: “Visión jurisprudencial sobre el interés superior del niño”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 136. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2012, pp. 193-196; y Domínguez Guillén, María Candelaria: “Consideraciones sobre los principios de la Niñez y la Adolescencia”. En: *Lex Nova*. N° 242. Colegio de Abogados del Estado Zulia. Maracaibo, 2003, pp. 193-196.

¹⁰ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/163592-359-6514-2014-09-0066.html> [consultado el 28 de junio de 2014].

... Ordena 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 18 años.

Pasamos de seguida a precisar el contenido de esta sentencia.

2.1. La acción de amparo constitucional por intereses difusos intentada

El 14 de enero de 2009, el solicitante actuando en representación de sus hijos menores de edad “y de todos los niños, niñas y adolescentes del país”, interpuso una acción de amparo constitucional por interés difusos en contra un periódico a “favor de hacer cesar las publicidades de clasificados porno en periódicos y revistas para el público en general”. Todo ello de conformidad con lo previsto en los artículos 26 y 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹¹.

Esta acción por intereses difusos se basó en las siguientes afirmaciones de relevancia para el aspecto bajo estudio: i. La situación comentada (publicaciones de clasificados en medios impresos) vulnera a todo evento el artículo 17 letra e del Pacto de San José de Costa Rica y artículos 46, 58, 75 y 108 de la Constitución vigente, en concordancia con normas bíblicas cual repudia el exhibicionismo: Génesis 9.21 y la prostitución: DT 23.17-18 por ser ofensivo

¹¹ Citamos a continuación los artículos invocados por el demandante: **Artículo 26.-** Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. **Artículo 51.-** Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.

a Dios; ii. la publicidad en la prensa despierta e induce a la curiosidad sexual en los niños al ofrecer “objetos sexuales obscenos”, visto que el demandado “publica este tipo de imágenes, coloca clasificados de este tipo y tiene enlaces para páginas de tipo pornográfico”; y iii. el demandado comercializa revistas que son vendidas al público en general sobre diseño de automóviles y en su contenido se puede encontrar publicaciones pornográficas¹².

2.2. Argumentos del demandado y de los terceros coadyuvantes

Durante la audiencia pública que se celebró el 13 de noviembre de 2012 se oyeron los diferentes planteamientos del demandante, así como también los de la representación judicial del demandado y de la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público, quienes actuaron como terceros coadyuvantes luego de que su notificación fuese ordenada por la Sala Constitucional al momento de admitir la demanda¹³.

Dicha notificación encuentra su justificación en el artículo 152 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹⁴ según el cual, en el auto de admisión de las demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos “... se ordenará la citación de la parte demandada; la notificación de la Defensoría del Pueblo, si ésta no hubiere iniciado el juicio; del Ministerio Público; y de cualquier otra autoridad que se estime pertinente...”.

De este modo se lleva a la práctica lo previsto en los artículos 280 y 285 de la Constitución de la República. El primero de ellos en cuanto a la competencia de la Defensoría del Pueblo de promover, defender y vigilar “... los derechos

¹² Adicionalmente, el demandante realizó algunas consideraciones que no vienen al caso en cuestión, tales como serían los comentarios sobre los géneros musicales que tienen expresiones sobre la intimidad sexual; las fotografías y grabaciones que los niños se envían a través de sus celulares; el uso de impresoras comunes en salas de internet para la impresión de material pornográfico; y las fotografías que tomó Spencer Tunick en la Plaza Caracas. Estas cuestiones pueden ser leídas directamente en el fallo.

¹³ *Id.* sentencia N° 589 del 15 de mayo de 2009. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/589-15509-2009-09-0066.html> [consultado el 28 de junio de 2014].

¹⁴ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.522 del 01 de octubre de 2010.

y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos, de los ciudadanos...” y, el segundo, en cuanto al Ministerio Público en su rol de garante en los procesos judiciales del “... respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República...”.

Realizada la precisión anterior, pasamos a esbozar los argumentos que expresaron el demandado, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público en la audiencia, visto que el demandante reiteró –palabras más, palabras menos– lo que sostuvo en su escrito ya reseñado en acápite anterior.

2.2.1. Alegatos de la representación judicial del demandado

i. Los anuncios de chat o videos publicados no pueden calificarse como un material que posee fines informativos o publicitarios de carácter pornográfico, de desnudez o de relaciones sexuales; ii. la libertad de expresión y de información prohíbe la censura y esta última solo se justifica si hay una prueba contundente de que la difusión de una información puede producir un daño a la colectividad; siendo que en el presente caso no existe ningún elemento probatorio que demuestre que este tipo de anuncios pueda causar dicho daño; iii. existe una regulación especial sobre los llamados “hechos sexuales” y la misma no prohíbe la publicación de anuncios vinculados con actividades sexuales puesto que el sexo es parte del ser humano, de su libertad sexual y de su derecho a la información. En este sentido, se afirma que los niños tienen estos mismos derechos “siempre que estén debidamente guiados”; y iv. las empresas anunciantes tienen la obligación de colocar que su mensaje está dirigido a personas mayores de 18 años si se considera que existe un contenido sexual explícito en su contenido. Sobre este punto hacen constar que el periódico no posee una relación con dichas empresas.

2.2.2. Opinión de la Defensoría del Pueblo

i. Los avisos publicados en el diario objeto de análisis tienen un alto contenido sexual en los que se le informa a los niños que hay chats, videos, teléfonos o páginas web que se especializan en sexo; ii. la Constitución de la República

“establece la protección integral e interés superior del niño, y los trata como sujetos de derechos” por lo que existe una prohibición de la pornografía en interés de los derechos a la salud y el derecho a la integridad psíquica, física y moral. Creemos pertinente destacar que la Defensoría del Pueblo es el primero en la causa –al menos por lo que se desprende del texto de la sentencia– que trae a colisión el interés superior del niño; iii. la libertad de prensa no abarca la información en relación a niños pues ella está condicionada a que sea adecuada con su edad; de allí que si bien tienen derecho a la información sexual, esta debe ser cónsona con su edad. En este sentido, la Defensoría expone que la información en el diario del demandado no busca formar adecuadamente a los niños sino que persigue un fin comercial; y iv. no hace falta la opinión de un experto para saber que los niños están en proceso de formación y desarrollo físico, psicológico y emocional, y los adolescentes están reforzando sus principios y valores, por lo que acercarlos al sexo de forma comercial haría que estos perciban que el exhibirse es digno y válido.

2.2.3. Opinión del Ministerio Público

i. Lo relevante es el daño moral que se puede generar en los niños al exponerlos a publicaciones pornográficas, entendidas como la “cruda y explícita exhibición de genitales y actos sexuales de toda índole, donde abundan las imágenes sadomasoquistas, la pedofilia y otras aberraciones, individuales o en grupo”, tratándose de una actividad comercial “que deforma, enferma y empobrece la psiquis humana”; ii. la publicidad como actividad comercial no puede traspasar los límites legales, morales y religiosos que regulan las formas de comportamiento social, ya que sostener lo contrario iría en detrimento de los derechos constitucionales y supraconstitucionales; iii. los medios de comunicación complementan la formación familiar y, por ende, la información que publiquen debe ser veraz y educativa para así reforzar los valores y principios de moralidad humana; iv. el Estado debe garantizar la integridad psíquica y moral de los niños, así como la educación adecuada sobre la salud sexual y reproductiva, por lo que las publicaciones de contenido sexual deben cumplir ciertos requisitos; y v. no se propone censurar la libertad de expresión sino que esta debe tomar en consideración los derechos de los niños y la obligación de los medios de comunicación de tener un fin educativo. En vista de

ello, se solicita que se evite la publicación de “este tipo de invitación de favores sexuales sin ningún tipo de control y de manera indiscriminada, que además se debe extender a todos los demás periódicos del país”.

2.3. La motivación del fallo

Para decidir la Sala Constitucional efectuó diversas consideraciones que la llevaron a declarar la demanda por intereses colectivos, como ya hemos indicado, parcialmente con lugar.

A fines didácticos y aspirando brindar mayor claridad sobre el tema, se han destacado las diferentes ideas que se desprende de la motivación de la Sala y que guarda relación directa con el objeto del presente trabajo, de seguida, la cita textual que le sirve de fundamento.

i. Necesidad de la ponderación. La pretensión del demandante de impedir la divulgación de anuncios publicitarios de contenido pornográfico, en publicaciones periódicas a las cuales los niños pueden acceder libremente, genera un conflicto entre diferentes derechos constitucionales que debe ser resuelto mediante la ponderación.

En efecto, los derechos constitucionales a 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, debiendo por tanto la Sala hacer 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 antes mencionados.

ii. Contenido de la libertad de expresión y de información. Ambas se encuentran consagradas en los artículos 57 y 58 de la Constitución¹⁵, respectivamente,

¹⁵ **Artículo 57.-** Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que

y han sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de la Sala que ha afirmado que ellas implican la posibilidad de expresar libre y responsablemente una idea en cualquier medio sin que el Estado pueda impedirlo alegando razones morales.

El derecho a la libre expresión de pensamiento y el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, y sin censura, permite a toda persona expresar libremente su pensamiento, sus ideas u opiniones, de forma oral, en lugares públicos o privados, por escrito o por cualquier otra forma, haciendo uso para ello de cualquier medio de comunicación, ante lo cual, asumen plenamente la responsabilidad tanto al sujeto que emitió el pensamiento, la idea o la opinión como el medio a través del cual se produjo, sin que sea excluyente una de la otra (...) Dentro de la libertad de expresión, se incluye el derecho de que nadie puede ser impedido de publicar o leer las obras que quiera con el pretexto de que su contenido es inmoral o desagradable, incluyendo la pornografía. La validez de este derecho se encuentra en que genera un valor constructivo en la sociedad en la que el Estado debe tratar a los ciudadanos como adultos responsables, con discernimiento, libre albedrío y como agentes morales responsables, que tienen la autonomía para ver, decir y pensar lo que deseen, por lo que es cada ciudadano quien decide si ve pornografía o no y la responsabilidad de esto le es propia.

iii. La relación entre la libertad de expresión y la publicidad comercial. Al respecto la Sala reitera su criterio plasmado en la sentencia N° 1092/2011¹⁶

pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa. Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades. **Artículo 58.-** La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

¹⁶ Sentencia N° 1092 de la Sala Constitucional del 13 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1092-13711-2011-00-1190.html> [consultado

según el cual la publicidad es una manifestación de expresión que debe ser regulada en pro del bien común.

La actividad publicitaria, entendida como el proceso técnico destinado a atraer la atención del público, para informarlo de un producto, un servicio o una acción con el objetivo de convencer a una persona que adquiera o utilice algo, constituye una de las vías o formas específicas de expresión que, por su especificidad y, como afirma De Esteban J. y González-Trevijano (ob. cit., p. 142), debe ser regulada especialmente en razón de la propia naturaleza de la publicidad para evitar lesiones al bien común o a la salud. Así, igualmente lo afirma López Á. (*et alter: Manual de Derecho Constitucional*. Universidad Europea de Madrid-CEES. Madrid, 1998, p. 90), al señalar que la actividad publicitaria, en cuanto a manifestación del derecho a la libertad de expresión, presenta una especificidad que exige la adopción de medidas destinadas a la protección de la moral pública, la juventud y la infancia, frente a expresiones de contenido sexual, violento o incluso ante mensajes que pudieran ser lesivos de la salud y la seguridad ciudadana. La citada doctrina deja claro que una cosa es la libre posibilidad de exteriorizar un pensamiento, una idea o una opinión de contenido publicitario y, otra cosa, son las condiciones de modo, lugar y tiempo que debe imponer el Estado, en el marco de su poder regulatorio, para que la expresión publicitaria se desarrolle de manera legítima sin afectar el interés general. Entonces, corresponde analizar si en Venezuela tiene cabida la tesis expuesta de limitación a la libre expresión publicitaria, para aquellos casos distintos a los que taxativamente prohíbe el citado artículo 57 del Texto Fundamental (...). Ello así, 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

el 29 de junio de 2014]. 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.

sujeta a las restricciones que el artículo 112 de la Carta Magna impone a los derechos económicos.

iv. La relación entre la libertad de expresión y los derechos de los niños. El derecho que tienen los niños a obtener una información adecuada para su desarrollo integral sirve de límite a la libertad de expresión, tal como quedó asentado en la sentencia N° 1566/2012¹⁷ de la Sala Constitucional que es citada como precedente.

Si bien se puede afirmar que dichos derechos [la libertad de expresión e información] gozan de un grado especial de protección del Estado por cuanto ello implica a su vez el libre desarrollo de la personalidad sobre qué o cuál opinión o no se quiere adscribir o cuál información es relevante a un determinado ciudadano o conglomerado, en ejercicio incluso del derecho a la participación política, es indispensable mencionar que la mencionada libertad 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 (...). Sin embargo, si bien dicho derecho posee límites en cuanto a su ejercicio, su restricción y mecanismos de responsabilidad deben atender 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, ya que la noción de orden público no es un concepto etéreo que pueda aplicarse discrecionalmente por las leyes, por lo que, en consecuencia, tal potestad debe encontrarse establecida y concebir la posibilidad que dicha limitación no afecte en mayor medida otro derecho constitucional, mediante el examen de análisis de proporcionalidad que faculte la misma, en la cual se pondere entre

¹⁷ Sentencia N° 1566 de la Sala Constitucional del 04 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1566-41212-2012-07-0781.html> [consultada el 29 de junio de 2014]. En la causa, el demandante a través de una acción por intereses colectivos solicitó prohibir las fotografías de accidentes y asesinatos impactantes que se estaban exhibiendo visiblemente en diversos diarios para llamar la atención y provocar pánico. La demanda fue declarada parcialmente con lugar.

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 (...) Todo ello, resulta cónsono con la protección de los niños, niñas y adolescentes, garantizada en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [... y por] la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes [...] en su artículo 74 (...) Asimismo, el artículo 79 de la referida Ley, consagra una serie de prohibiciones para garantizar el derecho a la información de los niños, niñas y adolescentes, en virtud del grado de protección que debe asegurar al Estado sobre dichos ciudadanos (...) En consecuencia, se aprecia que las referidas publicaciones [...] vulnera las disposiciones establecidas en los artículos 74 y 79 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, al publicarse una serie de informaciones e imágenes que atentan contra la integridad personal y la salud mental de los niños, sin que previamente se cumplan con las previsiones establecidas en la referida Ley [corchetes añadidos].

v. Los derechos de los niños son un límite intrínseco de la libertad de expresión. En virtud de la protección especial de los niños acordada por el Constituyente y el legislador, los medios de comunicación deben evitar la difusión de mensajes que atenten contra sus derechos e intereses.

El respeto de los derechos de niñas, niños y adolescentes es uno de los límites intrínsecos de la libertad de expresión, entendiendo que el ejercicio de tal derecho civil a través de los medios de 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 (...) Por otra parte, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en desarrollo de las previsiones constitucionales respecto a la defensa y protección de este grupo de personas, a quienes el constituyente otorgó un especial énfasis en el resguardo de sus derechos, expresamente prohíbe la difusión de material pornográfico o no adecuado a su desarrollo intelectual y garantiza el derecho a una información sexual veraz, oportuna y cónsona con su desarrollo.

vi. Relatividad del término “obsceno” como supuesto para delimitar la libertad de expresión. Al tener el tema objeto de la demanda una relación directa con lo obsceno, entendido como una “ofensa al pudor”, la Sala reconoce que este término es relativo por lo que se debe hacer abstracción del mismo con base en lo previsto en la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos¹⁸, aplicable por analogía.

La Sala observa que el pudor es un tema relativo, ya que el mismo varía en cada cultura y momento histórico, siendo claro que existen sociedades con mayor apertura que otras a las manifestaciones relacionadas al sexo, así como que hoy en día es más aceptada la divulgación de contenidos de este tipo que en el pasado (...) Para determinar qué contenidos sexuales son aptos para ser presenciados por niños, niñas y adolescentes, esta Sala considera oportuno tomar en consideración la clasificación adoptada por el numeral 3 del artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos¹⁹, que puede ser aplicada analógicamente

¹⁸ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.610 del 7 de febrero de 2011.

¹⁹ **Artículo 6.-** Elementos clasificados. A los efectos de esta Ley, se definen los siguientes elementos clasificados: [...] 3. Son elementos de sexo: a. Tipo “A”. Textos, imágenes o sonidos utilizados para la difusión de información, opinión y conocimiento sobre salud sexual y reproductiva, maternidad, paternidad, promoción de la lactancia materna y de expresiones artísticas con fines educativos, que pueden ser recibidos por niños, niñas y adolescentes sin que se requiera la orientación de madres, padres, representantes o responsables. b. Tipo “B”. Textos, imágenes o sonidos utilizados para la difusión de información, opinión y conocimientos sobre sexualidad y reproducción humana y de expresiones artísticas con fines educativos, que de ser recibidas por niños, niñas y adolescentes, requieran la orientación de sus madres, padres, representantes o responsables. c. Tipo “C”. Textos, imágenes o sonidos sexuales implícitos sin finalidad educativa; o manifestaciones o aproximaciones de carácter erótico que no incluyan actos o prácticas sexuales explícitas. d. Tipo “D”. Textos, imágenes o sonidos, sobre desnudez sin finalidad educativa, en las cuales no se aludan o muestren los órganos genitales; actos o prácticas sexuales dramatizados, en los cuales no se muestren los órganos genitales; mensajes sexuales explícitos; o dramatización de actos o conductas sexuales que constituyan hechos punibles, de conformidad con la Ley. e. Tipo “E”. Textos, imágenes o sonidos sobre actos o prácticas sexuales reales; desnudez sin finalidad educativa en las cuales se muestren los órganos genitales; actos

para identificar en el presente caso cuales elementos pueden o no estar contenidos en los anuncios publicitarios en los medios impresos de libre alcance para este grupo de especial protección.

vii. Definición de “publicidad con carácter pornográfico” y su licitud. Se entiende por este tipo de publicidad aquellos mensajes que atraen a lectores al servicio de excitación sexual, mediante imágenes y textos. En tal sentido, aun cuando estos mensajes no pueden ser catalogados como ilícitos, tampoco deben presentarse libremente a los niños.

De los anuncios reproducidos en el Diario [...] y que son objeto de esta controversia, en los que si bien no hay necesariamente en todos ellos una manifestación explícita del sexo, se aprecia que su objetivo es la explotación comercial de la actividad sexual a través de llamadas telefónicas o páginas web, todo lo cual, por su fin, constituye pornografía, la cual 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.

viii. Requisitos para limitar la libertad de expresión. Para que proceda una limitación a la libertad de expresión como derecho fundamental del individuo se requiere que exista una previsión legal que proteja al bien jurídico en conflicto –o el derecho fundamental– signada por la necesidad y la proporcionalidad.

De esta manera 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

o prácticas sexuales dramatizados en los cuales se aludan o muestren los órganos genitales; actos o prácticas sexuales reales o dramatizados en los cuales se amenace o viole el derecho a la vida, la salud y la integridad personal o se menoscabe la dignidad humana; o actos o conductas sexuales reales que constituyan hechos punibles de conformidad con la Ley.

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.

ix. La ponderación de la libertad de expresión y el interés superior del niño. La Sala establece que en el ejercicio de la libertad de expresión e información no existe una “libertad absoluta” pues las mismas se encuentran restringidas en protección de los niños, atendiendo al principio de proporcionalidad.

La información transmitida no ejerce la misma influencia, afectación o exposición psíquica o mental en un niño, niña o adolescente, que en cualquier otro ciudadano mayor de edad que posea una madurez intelectual y cultural que le permita valorar adecuadamente la publicidad y anuncios relativos a asuntos sexuales y su deseo informativo, ya que este último conscientemente busca o rechaza dicha publicidad de acuerdo a su formación intelectual y de valores éticos y morales que lo llevarán a considerarlos adecuados o inapropiados, por lo que su afectación, en principio, no abarca un derecho sensible o intrínseco al ser humano como lo puede ser en el caso de los niños, niñas y jóvenes, que reciben esa misma información sin ninguna guía. Por lo tanto, si bien no todo hecho publicitario puede afectar la esfera individual de los miembros de la sociedad ya que la información y la libertad de expresión son derechos constitucionales, que gozan de una especial protección, la simple 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, en principio, no vulneraría derecho constitucional alguno, lo que sí constituiría una infracción es la publicación de anuncios publicitarios con imágenes sexuales sin advertencia del público al cual está dirigido que traspasen el deseo de informar para realizar una explotación con fines de lucro sobre la base de los más básicos instintos, lo cual sí puede resultar sensible a la afectación del núcleo de otros derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes,

lo que trae como consecuencia que el ejercicio del primer derecho se vea sujeto a una limitación, ya que dichas imágenes no son necesarias para ofrecer el servicio y al ser publicadas en periódicos de circulación nacional, que tienen como objetivo y fin principal hacer conocer las noticias y siendo que son de venta libre a personas de cualquier edad, sin restricción alguna, se permite que este grupo vulnerable tenga fácil acceso a los mismos. [En este sentido, la información que publica el Diario acompañada con imágenes explícitas de contenido de incitación sexual] constituye un hecho de transgresión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de recibir una información adecuada y oportuna, que si bien atiende a criterios de apreciación subjetivos por quien los evalúe, existen unos elementos objetivos y éticos que deben regir la actuación de los medios de comunicación [corchetes añadidos].

3. Análisis de la decisión

Visto como ha sido el contenido de la sentencia que sirve de fundamento a este trabajo, se pasa de seguida a realizar algunos comentarios sobre este fallo sirviéndonos, para ello, de las dos ideas principales que justifican la decisión tomada: la ponderación de derechos constitucionales y la aplicación del interés superior del niño.

3.1. La ponderación de los derechos constitucionales en conflicto

Antes de entrar de lleno a conocer del fondo de la demanda planteada, la Sala Constitucional precisó que se hacía forzoso acudir a la “ponderación de la situación concreta” para poder garantizar la efectividad de la Constitución y respetar el “contenido esencial” de los derechos en conflicto. Como ya hemos destacado a lo largo del estudio, estos son el derecho a la libertad de expresión y el derecho de los niños a ser protegidos por el Estado.

Hacemos la salvedad que la Sala, en toda su motivación y salvo en el momento ya indicado, no vuelve a referirse a la ponderación ni cómo esta se llevó a cabo en el caso concreto. Sino que, por el contrario, procede a citar una serie

de precedentes jurisdiccionales –ya identificados en aparte anterior– y enunciados normativos extraídos de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos –esta última aplicable por analogía a los medios impresos en criterio de la Sala– que le hacen concluir que, en caso de conflicto, el derecho de los niños a ser protegidos por el Estado debe prevalecer sobre la libertad de expresión.

Ante esta situación consideramos necesario delimitar la noción de ponderación pues, como se ha visto, es el punto del cual parte la Sala Constitucional a los fines de establecer si el interés superior del niño puede fungir o actuar como una limitante a la libertad de expresión. Noción cuya aplicación, al menos a primera vista, no parece haber satisfecho los parámetros ofrecidos por la doctrina.

Valga la acotación que no se pretende agotar el tema de la ponderación, pues ello escaparía del objeto de este trabajo. En este sentido, las observaciones que de seguida se efectúan buscan solo brindar una mejor visión de conjunto de la sentencia analizada.

Así, Martínez-Zorrilla²⁰ ha señalado que las distintas concepciones de la ponderación pueden ser clasificadas en dos grandes grupos: aquellos autores que la conciben como una actividad discrecional –bien sea porque responde a una percepción moral o la simple preferencia de quien decide– y aquellos autores que ven en la ponderación una justificación racional que guarda íntima relación con el caso concreto.

En este sentido, luego el autor define a la ponderación como un “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”²¹. De este modo, el derecho que tenga mayor

²⁰ Martínez-Zorrilla, David: **Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa**. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2004, pp. 165-166.

²¹ *Ibíd.*, p. 301.

relevancia –sin que pueda hablarse de un vencimiento total por tener ambos la misma jerarquía– será el que impere sobre el otro.

Ahora, ¿cómo se atribuye ese “peso” o grado de importancia? Partiendo de la tesis de la ponderación como actividad racional –pues la discrecional nos resulta bastante subjetiva y poco agrega a la solución del conflicto, más allá de una decisión que toma un sujeto según su convicción y que impone frente al resto por la autoridad que detenta– se deben extraer las propiedades del caso concreto que resultan genéricas y que, por ende, permitirán el uso de la misma construcción en el futuro a través de la subsunción.

Es así como pueden distinguirse dos etapas en la ponderación: el momento previo a la selección del derecho que debe imperar –propiedades relevantes de los elementos en conflicto que al ser sopesadas permitirán establecer cuál derecho debe ser aplicado de forma preferente– y el momento posterior –el criterio obtenido de la ponderación realizada producto del caso concreto servirá de precedente para casos futuros en los que se presente un conflicto similar–. Así, Martínez-Zorrilla precisa las siguientes características de la ponderación:

a) En cuanto procedimiento, consistiría en que, partiendo del caso individual enjuiciado, se determinan aquellos aspectos que desde una perspectiva valorativa (normalmente moral) se consideran de mayor importancia, como elementos relevantes para la decisión final. Estos aspectos, como difícilmente podría ser de otro modo (pues en tal caso no se plantearía el conflicto), no se pueden extraer de una simple lectura del texto constitucional (en otras palabras, no resultan de una interpretación literal de los preceptos afectados). b) Como resultado, consistiría en la elaboración de una regla que correlaciona estos aspectos o elementos relevantes con una determinada solución, de modo que todo ulterior supuesto idéntico en sus propiedades relevantes (toda otra instanciación del caso genérico) será solucionado del mismo modo, mediante un razonamiento subsuntivo²².

²² *Ibíd.*, p. 197.

Llevando lo anterior al caso bajo estudio se tendría que la Sala Constitucional, al constatar el conflicto entre dos derechos de rango constitucional (libertad de expresión *versus* protección del menor), producto de un caso concreto (publicación en medios impresos de anuncios publicitarios con supuesta carga sexual), debió pasar a enlistar los aspectos que conforman cada uno de los derechos en conflicto, para luego determinar cuál de ellos tiene mayor relevancia.

Vale acotar que dichos aspectos a ser enlistados responden a una “perspectiva valorativa” del Derecho. Es decir que la ponderación, aun cuando pretende solucionar un conflicto por una vía objetiva que tiende a la no discrecionalidad, está signada por cierto contenido subjetivo, pues la perspectiva comentada podrá variar según la autoridad a quien le corresponda decidir.

Hacemos la salvedad anterior como una observación a tener en cuenta en relación con el punto que de seguida se desarrollará y que nos permite llegar a una primera conclusión: la Sala Constitucional cuando limitó la libertad de expresión con base en el interés superior del niño lo hizo respondiendo a consideraciones cargadas de un alto contenido moral y valorativo, más que propiamente jurídico. Pues, como hemos destacado, ambos derechos se encontraban en igualdad de condiciones y la Sala decidió, conforme a su arbitrio, cuál debía prevalecer.

No se quiere con ello tachar la decisión a simple vista de errada o arbitraria. Simplemente se desea hacer constar que, visto que la Sala pasó a decidir haciendo uso de la ponderación –según ella dejó sentado–, el proceso para la toma de la decisión *in comento* se encontró inmiscuido en consideraciones que escapan del ordenamiento jurídico en sentido estricto y guardan gran relación con la valoración moral. Y si hay algún tema que esté ampliamente relacionado con la moral, es la protección de los niños y adolescentes.

3.2. El interés superior del niño como limitante a la libertad de expresión

Haciendo una reorganización lógica de los postulados presentados por la Sala Constitucional al momento de limitar la libertad de expresión podríamos establecer el siguiente esquema argumentativo.

Al partir de la idea de que la libertad de expresión –entendida como el derecho que posee todo individuo de dar a conocer libremente sus pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio sin censura posible– no puede catalogarse como “absoluta”, pues puede ser restringida en atención a otros intereses que ameriten protección del Estado, existe la posibilidad de que su contenido sea delimitado.

Ejemplo de estos límites pueden encontrarse en el propio artículo 57 de nuestra Carta Magna que, aun cuando consagra el derecho a la libertad de expresión, prohíbe ciertas manifestaciones de la misma como lo serían el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y aquellos que promuevan la intolerancia religiosa.

Resultando claro que la situación planteada en la sentencia 359/2014 no encuadra en ninguna de estas prohibiciones, se hace necesario acudir a normas de rango legal mediante las cuales se impongan nuevos límites a la libertad debido a la necesidad de proteger un determinado bien jurídico, como lo sería el interés superior del niño. Así las cosas, nos encontramos con que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes prevé en su artículo 8, lo siguiente:

Artículo 8.- El Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes es 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, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Parágrafo Primero: Para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar: a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes. b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes. c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente. d) La

necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente. e) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

Parágrafo Segundo: En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

En este sentido, se aprecia cómo el legislador venezolano está en armonía con los postulados y previsiones de las convenciones internacionales que rigen la materia, comentadas en apartes anteriores, al dejar claro que este interés busca garantizar el desarrollo integral del niño y el disfrute de sus derechos.

Curiosamente, el artículo anterior no es citado en la motivación de la Sala Constitucional al momento de decidir. Lo que sí indica la Sala es que un supuesto necesario para limitar el derecho a la libertad de expresión es que dicho límite se establezca mediante ley. En virtud de ello, trae a colación el artículo 79, literal b, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que prohíbe el facilitar de cualquier forma a niños, o exhibir públicamente, “información y datos en redes que sean pornográficos [...] o que atenten contra su integridad personal o su salud mental o moral”.

Disposición que es complementada por el artículo 92, literal f, según el cual “Está prohibido vender o facilitar, de cualquier forma, a los niños, niñas y adolescentes: [...] f) Informaciones o imágenes inapropiadas para su edad”.

Es en virtud de estos artículos –junto a otros que tratan del derecho de los niños a la información y, en particular, la referida a la salud sexual y reproductiva– que la Sala llega a una conclusión sobre la cual gira la totalidad del fallo y que, irónicamente, descomponen la base de toda su argumentación: “El respeto de los derechos de niñas, niños y adolescentes es uno de los límites intrínsecos de la libertad de expresión”.

Como hemos señalado, la argumentación de la Sala partió de una única idea: se encuentran en conflicto derechos constitucionales que poseen igual jerarquía y, por ende, se hace necesario acudir al método de la ponderación de la situación concreta para “garantizar la mayor efectividad del texto constitucional sin sacrificar el contenido esencial de ninguno de los derechos constitucionales”.

De ser ello así, nos preguntamos cómo puede hablarse de igual jerarquía, de ponderación y de no sacrificar el contenido esencial de los derechos en conflicto si la Sala considera que uno de estos derechos –el derecho del niño de ser protegido por el Estado, artículo 78 de la Constitución– es un límite intrínseco del otro –derecho a la libertad de expresión, artículo 57 de la Constitución–.

De la pregunta anterior surge una cuestión fundamental: de admitirse el interés superior del niño como una limitante intrínseca de la libertad de expresión, no haría falta llevarse a cabo un proceso de ponderación, pues, siempre y en todos los casos, el primero prevalecía sobre la segunda. Es decir, que no habría un conflicto de derechos que haga necesario atribuir un “peso” a cada uno, bien sea a través de la relación de precedencia condicionada propuesta por Alexy²³ o el modelo universal de Moreso y Mendonca²⁴.

Sobre este tema de los límites intrínsecos y su relación con la ponderación se han manifestado diversos autores siendo que entre ellos se encuentra Nogueira

²³ *Vid.* Martínez-Zorrilla, David: **Metodología jurídica y argumentación**. Marcial Pons. Barcelona, 2010, pp. 156-158. Al considerarse el interés superior del niño un límite intrínseco la relación es de precedencia incondicionada o absoluta pues uno de los elementos de la relación siempre precede o es preferido al otro. Para que sea viable la ponderación a través de este modelo se requiere que, en ciertas circunstancias, uno de los principios pueda imperar sobre el otro sin que por ello exista una superioridad, ya que la relación es variable según el caso concreto.

²⁴ *Ibid.* pp. 158-160. Los autores tienen como objeto de estudio un Universo de Discurso conformado por las diferentes situaciones en las que existe conflicto. Dicho Universo se encuentra acompañado por un Universo de Propiedades, conformado por los aspectos relevantes para decidir a favor de uno u otro derecho, y un Universo de casos, entendido como el conjunto de casos genéricos posibles. Partiendo de ello se elabora un Universo de Reglas que correlacionan las diferentes propiedades y dan respuesta al caso concreto.

Alcalá según el cual, “el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho constituye una entidad previa a la regulación legislativa” y que dicho límite “se convierte así en un problema de interpretación constitucional, a través de la cual se deben configurar el contenido constitucionalmente protegido y los límites de cada derecho”²⁵.

En criterio de este autor, aludir a límites intrínsecos de un derecho, se defiende la teoría de los límites internos o inmanentes de los derechos según la cual, “el contenido del derecho se conforma por el conjunto de atributos y facultades que representa como por las fronteras o límites que se distinguen respecto del ejercicio de tales derechos”.

Así, si bien los derechos no son limitables, por no ser válida una disminución en cuanto a la protección de la que gozan los ciudadanos, ello tampoco significa que estos tengan un carácter de absolutos, pues su propia “configuración constitucional” los delimita. Es decir, el límite intrínseco es aquel que deriva de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

En este orden de ideas vale la pena volver a repasar el texto del artículo 57 de la Constitución sobre la libertad de expresión que solo prevé como límites intrínsecos –si tomamos la expresión de la Sala– el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa.

Todas las demás situaciones, a nuestro entender, no pueden ser consideradas como límites intrínsecos de esta libertad y, en caso de conflicto, deben emplearse las herramientas brindadas por el legislador y la doctrina, tal como lo sería la ponderación –si nos referimos a conflictos constitucionales– o los criterios ampliamente conocidos de jerarquía, cronología y especialidad –si nos encontramos ante una antinomia o “conflicto aparente”–.

²⁵ Nogueira-Alcalá, Humberto: “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”. En: *Ius et Praxis*. N°11-2. Universidad de Talca. Talca, 2005, pp. 15-64. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200002&script=sci_arttext [consultado el 17 de agosto de 2014].

Con ello no queremos decir que la limitación acordada por la Sala Constitucional, en principio, sea contraria a derecho, sino que el medio por el cual se llegó a esta conclusión no fue el más idóneo, pues abre una puerta para que cualquier situación que sea considerada como contraria al interés superior del niño pueda ser aniquilada bajo la premisa de que este actúa como un límite intrínseco y, como tal, resulta necesaria la restricción del derecho ajeno para la protección de los niños y adolescentes.

Supuesto este en el que volveríamos a la preocupación manifestada por la Organización de las Naciones Unidas sobre cómo el carácter flexible de este concepto ha permitido que su contenido sea manipulado por los gobiernos de turno para justificar políticas; como podría llegar a ocurrir si, basado en este interés, un día se determina que cualquier publicación sobre sucesos en la prensa nacional vulnera la integridad psicológica y moral de los niños y, por ende, debe prohibirse la publicación de información de este género, generando así una desinformación general en el colectivo²⁶.

Hechos los comentarios anteriores resulta interesante analizar un aspecto que trata la sentencia, según el cual el límite intrínseco a la libertad de expresión en un caso concreto opera en condiciones de oportunidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Todo ello con la intención de que el límite no afecte en mayor medida otro derecho constitucional y, de este modo, exista una equidad entre la restricción acordada y el derecho en virtud del cual dicha restricción se acuerda. Haciendo un juego de palabras: el límite se justificaría en la justificación del límite.

²⁶ Nótese que este caso hipotético no se encuentra muy alejado de la realidad venezolana pues en sentencia del 17 de septiembre de 2013 del Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional (caso Defensoría del Pueblo, expediente AP51-V-2010-013965), se ordena a dos diarios abstenerse de publicar en primera página, imágenes con contenido violento en atención al interés superior del niño. Disponible en: <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2013/septiembre/2461-17-ap51-v-2010-013965-pj0552013000326.html> [consultado el 17 de agosto de 2014].

Esta concepción es propia de la ponderación y es desarrollada por el marco metodológico de Alexy según el cual, al ponderar, se atiende a tres principios: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad²⁷.

Así, la adecuación se satisface al protegerse un interés constitucionalmente legítimo –el interés superior del niño en el caso concreto manifestado en el artículo 78 de la Constitución según el cual los niños tienen el derecho de ser protegidos por el Estado–, la necesidad al adoptarse una de las medidas menos gravosas y más idóneas para la protección de dicho interés –se podría decir que este principio también se ha cumplido, pues la Sala prohibió el uso de imágenes mas no la publicidad por lo que no se diezma la libre empresa ni se limita del todo la libertad de expresión– y, finalmente, la proporcionalidad al existir una correspondencia entre la lesión que recaía sobre el interés superior del niño y la medida que se adoptó.

Esto último, a pesar de que nos podamos preguntar si en realidad estas publicaciones causaban una lesión o, por el contrario, tal protección resulta innecesaria por anticuada y ortodoxa, siendo que es deber de los padres y representantes educar a sus hijos y representados para que estos logren diferenciar –si cabe el término– lo correcto de lo incorrecto. Somos de la opinión que desentenderse de esta obligación y pretender que el Estado decida qué está bien y qué está mal, basado en su deber de protección de los niños, no solo es sumamente peligroso sino que, también, materializaría una figura contra la cual se ha luchado desde tiempos inmemoriales: el Estado Paternalista como manifestación del autoritarismo.

Cierto es que el tema bajo el cual gira la sentencia 359/2014 se encuentra ampliamente inmerso en cuestiones moralistas que podrían llegar a considerarse como tabúes de la sociedad; no por nada la sentencia dedica buena parte de su motiva a tratar de definir qué se entiende por pornografía, por manifestación explícita del sexo y por educación sexual.

También es verdad que, partiendo de todo lo anterior, la Sala determina que la publicidad con carácter pornográfico –es decir, aquella que pretende la

²⁷ *Vid.* Martínez-Zorrilla: **Metodología jurídica...**, pp. 161-171.

explotación comercial de la actividad sexual— es lícita, pero no por ello debe ser presentada libremente a los niños para, en palabras de la Sala, la “explotación lucrativa de sus pasiones e instintos y de la información que se les pueda suministrar sobre la actividad sexual”.

Valga la aclaratoria que, siendo este el argumento sobre el cual descansa la prohibición que de seguida se expondrá, lo mismo podría decirse prácticamente sobre cualquier publicidad al cambiar algunas palabras²⁸.

Finalmente, la Sala precisa que la simple publicidad y ofrecimiento de actividades relacionadas con el sexo no vulnera derecho constitucional alguno, pero que, cuando estos anuncios son acompañados de imágenes sexuales sin advertencia del público al cual está dirigido, se traspasa el deseo de informar y se viola el derecho de los niños de recibir una información adecuada y oportuna. Solo en este último supuesto se justificará el límite e imperará el interés superior del niño sobre la libertad de expresión. En este caso, la de los anunciantes.

Conclusiones

Visto el tema del interés superior del niño, a la luz de la sentencia N° 359 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 06 de mayo de 2014, y como este puede fungir como un límite a la libertad de expresión, se llega a las siguientes conclusiones:

²⁸ Tomando la misma redacción empleada en este caso por la Sala Constitucional se genera este ejemplo sobre la publicidad de un parque de diversiones: De los anuncios reproducidos en el Diario X y que son objeto de esta controversia, se aprecia que su objetivo es la explotación comercial del derecho a la recreación de niños, lo cual no es ilícito, mas por mandato legal (citemos aquí al artículo 63, parágrafo primero de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, según el cual el entretenimiento debe fortalecer la identidad cultural por lo que lo contrario iría en contra del “espíritu del legislador”) no deben ser presentados 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 deseos e instintos y de la información que se les pueda suministrar sobre su derecho al descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego”. El ejemplo puede resultar jocoso e incluso exagerado, pero está dentro del marco de argumentación que brindó la Sala con su fallo.

i. El interés superior del niño es una consideración primordial a la que deben atender las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, en todas las medidas concernientes a los niños. Este interés se encuentra reconocido por convenciones internacionales y la legislación venezolana, específicamente en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

ii. A pesar de tener un carácter flexible, el interés superior del niño no debe ser empleado por la Autoridad como un medio para justificar sus políticas públicas, pues, a través de este interés, se pretende es garantizar que los niños gocen plenamente de sus derechos.

iii. Al existir un conflicto entre el interés superior del niño y otro principio o derecho constitucional, como lo sería en este caso la libertad de expresión, se hace necesario acudir a la ponderación como medio para determinar cuál imperará sobre el otro en el caso concreto y sin que por ello exista un vencimiento total o absoluto ni se sacrifiquen los contenidos esenciales.

iv. El hecho de que la Sala Constitucional haya partido de la noción de que el interés superior del niño es un límite intrínseco de la libertad de expresión, en virtud de la protección especial de los niños acordada por el constituyente y el legislador, hace imposible llevar a cabo la ponderación ya que, entendido así, dicho interés siempre tendrá primacía sobre la libertad de expresión. Aún cuando el texto constitucional es claro al establecer cuáles supuestos limitan esa libertad al consagrarla y prever que se prohíbe la censura.

v. A pesar de que la Sala no realiza ninguna ponderación en su fallo –habiendo iniciado su motiva destacando que era necesario aplicar dicha técnica– se aprecia que la medida adoptada, al admitirse la protección del niño sobre la libertad de expresión, satisface las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad al declararse una limitación que se corresponde con la lesión descrita. Claro está, de aceptarse la existencia de esta lesión.

vi. Al entenderse el interés superior del niño como una limitante intrínseca de la libertad de expresión, esta última podrá ser cercenada a diestra y siniestra

—incluso en casos en los que dicho interés no entre en conflicto directo con este derecho— toda vez que el interesado logre argumentar la existencia de una disposición legal que guarde relación con el tema planteado, que con la censura o restricción se pretende garantizar el desarrollo integral del niño (término de por sí abstracto y abierto a amplios debates e interpretaciones), y que la medida es necesaria para la protección de un derecho esencial.

vii. Finalmente, de admitirse y permitirse sin más que corresponde al Estado la protección de los niños y que es este quien tiene el poder de restringir un derecho tan fundamental como la libertad de expresión —a sabiendas de que en este caso no resulta tan visible o preocupante la prohibición por el tema tratado— en pro de un llamado amparo a la integridad de sus ciudadanos, no solo se pone de relieve un indicio de paternalismo estatal, sino que, también, se abren las puertas a un futuro incierto en el que, con la aparente intención de protegernos, cada día nos limiten más nuestros derechos; bien sea en atención a un llamado interés superior del niño u otro interés general que aunque encuentren fundamento jurídico, su aplicación es ajena a cualquier tipo de control, pues, para materializarlo, se desconocen los procedimientos que tienden a su objetivación y se formulan afirmaciones ampliamente subjetivas que aumentan la inseguridad jurídica del colectivo.

* * *

Resumen: El presente artículo aborda el tema del interés superior del niño a la luz de la sentencia N° 359 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 06 de mayo de 2014, mediante la cual se prohibió la divulgación en medios impresos de imágenes de contenido sexual en anuncios publicitarios por considerarse que la protección que el Estado debe a los niños, niñas y adolescentes es un límite intrínseco de la libertad de expresión y, por ende, esta última se encuentra delimitada por la primera. Habiéndose dado el conflicto entre dos derechos de rango constitucional, la Sala consideró que se hacía necesario aplicar la técnica de ponderación para determinar cuál derecho tenía primacía sobre el otro en el caso concreto. **Palabras clave:** Interés superior del niño, libertad de expresión, ponderación, restricciones de derechos fundamentales. Recibido: 19-08-2014. Aprobado: 15-12-2014.

