

Bogotá D.C., 29 de junio de 2018

Honorable Juez

JOSÉ ELVER MUÑOZ BARRERA

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Sección Tercera

Subsección C

E.S.D.

Referencia: Coadyuvancia del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia – en el proceso de radicación No. 11001-33-35-015-2018-00202-00 - Acción de tutela instaurada por la Corporación Colombiana De Padres y Madres – Red Papaz contra Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., integrantes del Consorcio de Canales Nacionales Privados.

César Rodríguez Garavito, Diana Guarnizo, Mauricio Albarracín Caballero y Vanessa Daza Castillo, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, mayores de edad y vecinos de Bogotá, actuando en calidad de director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, en virtud del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, respetuosamente nos permitimos intervenir como coadyuvantes en el proceso de la acción de tutela instaurada por la Corporación Colombiana De Padres y Madres – Red Papaz (en adelante “Red Papaz”) contra Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., Integrantes del Consorcio de Canales Nacionales Privados (en adelante “CCNP”), con ocasión de la dilación de las accionadas respecto de la solicitud de la accionante para difundir un mensaje informativo en los espacios televisivos concesionados a aquellas, así como la solicitud de aclaración sobre el contenido de dicho mensaje, lo cual podría derivar en una censura previa contraria a la Constitución Política.

El objeto de esta intervención es desarrollar el alcance de la libertad de expresión y de la prohibición de censura previa, con miras a establecer si en el caso concreto las actuaciones de las demandadas pueden entenderse como censura previa de un mensaje protegido bajo la libertad de expresión, o si por el contrario, la dilación y la solicitud de información adicional por parte de las demandadas se encuentra justificada en el ordenamiento jurídico por tratarse de un mensaje de

publicidad cuyo contenido amerita ser controlado previamente a su difusión. Para dicho cometido, esta intervención se divide en cuatro partes. En la primera parte estudiaremos la naturaleza del mensaje que buscaba ser difundido por Red Papaz, con el fin de determinar si se trata de un mensaje informativo o una publicidad. Demostraremos que se trata de un mensaje informativo, amparado bajo la libertad de información y que además constituye un discurso especialmente protegido bajo el artículo 20 de la Constitución Política. Luego, en la segunda parte argumentaremos que si bien los discursos informativos deben cumplir con las exigencias de veracidad e imparcialidad, la verificación del cumplimiento de tales requisitos no procede de manera previa a la difusión del mensaje, so pena de incurrir en una censura previa prohibida bajo la Constitución Política. Finalmente, en la tercera parte argumentaremos que el artículo 30 del Estatuto del Consumidor no le otorga a los canales accionados la facultad de hacer un control previo del contenido de los mensajes que pretenden ser publicitados, y que en el caso concreto, mal puede establecerse que la negativa de Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. de divulgar el mensaje informativo de Red Papaz obedece a un mínimo de diligencia de su parte para no incurrir en una responsabilidad por publicidad engañosa. Finalmente, en la cuarta parte desarrollaremos la naturaleza y principios que rigen la prestación del servicio público de televisión, para defender la posibilidad del juez de tutela de exigirle a los canales accionados la divulgación del mensaje de Red Papaz en aras de garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales a los cuales está sujeto el servicio de televisión y evitar la preponderancia del interés privado sobre el interés público.

1. EL MENSAJE QUE RED PAPAZ PRETENDE DIFUNDIR ES UN MENSAJE INFORMATIVO, Y NO PUBLICITARIO, QUE ADEMÁS CONSTITUYE UN DISCURSO ESPECIALMENTE PROTEGIDO BAJO LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En la presente sección argumentaremos que el mensaje titulado “No comas más mentiras”, que pretende ser difundido por Red Papaz a través de los espacios de televisión concesionados a Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., es un mensaje informativo, y por ende protegido por la libertad de expresión, y no una publicidad. Asimismo, mostraremos que por tratarse de un discurso que busca informar sobre los potenciales efectos del consumo regular de alimentos ultra-procesados en la salud humana, y en especial la de niños, niñas y adolescentes, este discurso ostenta una protección constitucional reforzada por tratarse de asuntos de interés público y un discurso que permite el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho a la salud.

1.1 El mensaje de Red Papaz es de naturaleza informativa y no publicitaria

La Corte Constitucional ha establecido que entre la libertad de expresión y la publicidad comercial existe una diferencia ontológica en virtud de la cual esta última no goza del mismo

grado de protección jurídica y respecto de ella el Estado puede ejercer un control más intenso¹. Por un lado, la libertad de expresión, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política, garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial y la de fundar medios masivos de comunicación, así como el derecho a la rectificación y la prohibición de la censura. La Corte ha precisado que uno de los elementos normativos del artículo 20 constitucional es **la libertad de información**, que comprende los componentes de libertad de búsqueda y acceso a la información, libertad de informar y la libertad y derecho de recibir información veraz e imparcial sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole a través de cualquier medio de expresión².

Frente a la libertad de información, tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como jurisprudencia constitucional han reconocido que esta se caracteriza por ser de “doble vía” o que tiene una doble dimensión: una individual y una social. La *dimensión individual* comprende el que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, y el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir opiniones, ideas e información y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Esta no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. Por otra parte, la *dimensión social* implica el derecho de toda la colectividad a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno y a estar bien informada. Así, para las personas tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia³.

Ahora bien, la libertad de expresión, en todas sus manifestaciones, cuenta con un status jurídico especial dentro de los sistemas políticos democráticos como el colombiano. Para la Corte Constitucional, la libre manifestación y comunicación del pensamiento, así como el flujo social de información, ideas y opiniones, “*han sido erigidos en la condición indispensable de prácticamente todas las demás formas de libertad, en un prerrequisito para evitar la atrofia o el control del pensamiento, y un presupuesto cardinal de las sociedades políticas abiertas, pluralistas y democráticas*”⁴. Lo anterior tiene implicaciones para la protección en concreto de la libertad de expresión. Por un lado, se presume que en los eventos de colisión del derecho a la

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

² Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-219 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia C-592 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia T-110 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-040 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 53; Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 75; Corte I.D.H., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163; CIDH, entre otros.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquél prevalece sobre los demás. Y por otro, se presume que cualquier limitación al derecho a la libertad de expresión es inconstitucional, y por tanto debe ser sometida a un control constitucional estricto⁵.

La publicidad comercial, en cambio, está regulada en el artículo 78 de la Constitución Política, que establece que la ley debe regular la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios. La Corte Constitucional ha entendido la publicidad como *“un mecanismo de transmisión de mensajes persuasivos, que buscan dirigir las preferencias de los ciudadanos hacia la adquisición de determinado bien o servicio”*⁶. La publicidad está vinculada con la actividad productiva y de mercadeo de bienes y servicios, constituyendo al mismo tiempo un incentivo para el desarrollo de los actos comerciales. En este orden, la publicidad es desarrollo del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad económica, antes que aplicación de la libertad de expresión. La publicidad comercial, *“está orientada a estimular ciertas transacciones económicas, sin que esté inescindiblemente vinculada con la transmisión de ideas políticas, ni con el control al ejercicio del poder, como tampoco con la formación de una opinión pública libre consustancial a la democracia”*⁷. De la misma manera, la libertad de expresión, en su genuina naturaleza, no proyecta efectos patrimoniales pues ella es una proyección orgánica de las libertades de la persona, particularmente de la libertad para expresar lo que se piensa o para circular información que se tiene, sin que exista relación con actividades económicas ni con el ánimo de lucro⁸.

En virtud de lo anterior, la Constitución no sólo permite sino que ordena una regulación y control tanto del contenido como del alcance de la publicidad, mientras que de ninguna manera autoriza que la ley reglamente la información que puede circular en materia política, religiosa, cultural o de otra índole. Ello se fundamenta, por un lado, en el hecho de que la Constitución admite ciertas restricciones estatales a las libertades económicas y de propiedad, lo que deriva en que pueda intervenir en la circulación de expresiones ligadas a la venta de productos y servicios, como lo es la publicidad. Pero además, la publicidad, a diferencia de la libertad de expresión, no se erige como un presupuesto para el funcionamiento de una democracia abierta y pluralista, lo que justifica que se admitan controles más intensos a aquella⁹.

En el caso concreto, consideramos que el mensaje de Red Papaz, titulado “No comas más mentiras”, constituye un ejercicio de la libertad de expresión y no una publicidad. En el escrito de tutela, Red Papaz manifestó que el mensaje en cuestión busca informar a las personas sobre los riesgos que tiene sobre la salud el consumo habitual de alimentos ultraprocesados, en

⁵ Corte Constitucional, Corte Constitucional, Sentencia C-087 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-015 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-628 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-445 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-010 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-592 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

particular de aquellos altos en azúcar, sodio y grasas saturadas, comúnmente llamados “comida chatarra”. Asimismo, el mensaje enfatiza en la necesidad de establecer un etiquetado claro, visible y veraz que realmente informe sobre el impacto del consumo habitual de productos comestibles ultraprocesados altos en azúcar, grasas o sodio en la salud de los niños, niñas y adolescentes, por lo que hace un llamado a que se regule el tema.

Este mensaje de Red Papaz no busca dirigir las preferencias de los ciudadanos hacia la adquisición de determinado bien o servicio, que es justamente el objeto de los mensajes publicitarios. Red Papaz no es una sociedad dedicada al comercio ni tiene fines de lucro. El mensaje que difunde no busca promover opciones de compra particulares que lo beneficie económicamente o afectar las opciones de compra de un posible competidor en el mercado. Su propósito superior tal como señaló en el escrito de tutela es “abogar por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y fortalecer las capacidades de los adultos y los actores sociales para garantizar su efectivo cumplimiento”. Por ende, mal puede considerarse que el mensaje que pretende ser difundido por dicha corporación obedece a un interés de estimular transacciones comerciales alrededor de un producto o servicio, o lucrarse de la posible disminución en ventas de productos alimenticios o bebidas. La difusión del mensaje en cuestión no se enmarca en el ejercicio de la libertad económica o de empresa de Red Papaz, sino en cambio, pretende ampliar el debate público pluralista relacionado con los hábitos de consumo de los ciudadanos en beneficio precisamente de la salud de esos consumidores, y no en beneficio de alguna actividad productiva.

En conclusión, el mensaje informativo que pretende ser difundido por Red Papaz se encuentra amparado bajo la libertad de expresión y no constituye un mensaje publicitario. En razón de ello, las restricciones que son permitidas por el ordenamiento jurídico a la publicidad no son aplicables a dicho mensaje informativo, so pena de vulnerar la libertad de expresión tanto de Red Papaz, como emisor del mensaje y titular del derecho a divulgar información, como a la audiencia del mensaje, titular del derecho a recibir esa información.

1.2 El mensaje informativo de Red Papaz es un discurso especialmente protegido por ser un discurso de interés público

Si bien toda expresión, cualquiera sea su contenido, valor y forma de expresión, está *prima facie* amparada por la libertad de expresión, se ha reconocido que ciertos discursos son merecedores de especial protección constitucional¹⁰. Tal refuerzo de protección constitucional se traduce en un margen especialmente restringido de interferencias constitucionalmente admisibles de tales discursos.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-904 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-015 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Las expresiones de contenido político, o que contribuyen al debate abierto sobre asuntos de interés público o general, reciben el mayor grado de protección constitucional frente a todo tipo de interferencia¹¹. Bajo esta categoría no solamente se protegen expresiones como publicaciones y discursos políticos relacionados con temas electorales, sino también toda expresión relevante para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida pública de la nación¹². La Corte Constitucional ha señalado que cuando se trata de discursos de contenido político o de asuntos de interés público, el carácter de “doble vía” de la libertad de expresión cobra todo su sentido, pues en tales casos no solo se protege, *“el derecho de quienes transmiten información y opiniones críticas sobre temas que involucran el interés público, sino también, y muy especialmente, el derecho de todos los ciudadanos a tener acceso a estos discursos”*¹³. Así, debido a la importancia este tipo de discursos para la democracia, la Corte ha establecido que cualquier intento de restricción, previa o posterior, de estas modalidades de expresión, en principio, constituye censura¹⁴.

En particular, los discursos de promoción y defensa de los derechos humanos constituyen una forma de discursos sobre asuntos de interés público que ameritan la mayor protección del Estado. Las manifestaciones que buscan informar acerca de los derechos humanos, exigir a las autoridades públicas y privadas su respeto y protección y denunciar sus violaciones, conforman un discurso que busca hacer efectivos los derechos y libertades que son la esencia de los regímenes democráticos. En ese sentido, *“los defensores y defensoras de derechos humanos coadyuvan la función que corresponde en primera instancia al Estado tendiente a la promoción y búsqueda progresiva de la realización de los derechos humanos”*¹⁵. Es por lo anterior que el discurso enmarcado en el ejercicio de la defensa de los derechos humanos, en tanto un discurso de interés público, merece una protección constitucional reforzada que no admite, en principio, censura por parte de ninguna autoridad pública o particulares.

En el presente caso, el mensaje informativo que pretende ser difundido por Red Papaz pretende divulgar información relativa a un asunto de interés público como lo son los impactos negativos en la salud del consumo habitual de alimentos ultraprocesados. Asimismo, contiene una exigencia a autoridades públicas y privadas a tomar medidas a favor del derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes. La difusión de este tipo de mensajes es aún más importante en sociedades como la nuestra, no solo porque el consumo de alimentos ultraprocesados es común, sino porque los medios de comunicación proveen poca información que le permita a los ciudadanos entender las repercusiones y consecuencia de sus prácticas alimenticias cotidianas, mientras que sí proveen un contenido amplio de propagandas comerciales alrededor de dichos productos. En efecto, un estudio de 2014 elaborado por Mejía Díaz de la Universidad de

¹¹ *Ibíd.*

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-731 de 2015, M.P(e). Myriam Ávila Roldán; Sentencia T-546 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-904 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁵ Corte Constitucional, Auto 098 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Antioquia señala que en nuestro país los niños están expuestos con mayor frecuencia a la publicidad de alimentos y bebidas en comparación con los adultos.¹⁶

Adicional a lo anterior, el mensaje informativo en cuestión pone de presente en el debate público la relación entre la ausencia de un etiquetado claro, visible y veraz en ciertos productos comestibles y el aumento de su consumo por parte de niños, niñas y adolescentes, y su consecuente afectación a la salud, lo que es un asunto de salud pública prioritaria. Valga recordar que, de un lado, los índices de obesidad y sobrepeso tanto en niños como en adultos ha venido en ascenso;¹⁷ y de otro, el país esta en mora de realizar medidas efectivas tendientes a prevenir el incremento del sobrepeso y la obesidad. En este contexto, el mensaje informativo en cuestión es producto de una campaña iniciada por RedPapaz con el objetivo de impulsar el debate del proyecto de ley 019 de 2017 “Por medio de la cual se establecen medidas de salud pública para el control de la obesidad y otras enfermedades no transmisibles” en el Congreso de la República. El proyecto de ley que fue aplazado catorce (14) veces en su segundo debate y fue finalmente modificado, según la prensa del momento, en favor de las exigencias realizadas por la industria de alimentos¹⁸ buscaba justamente implementar una serie de medidas que garantizaran un etiquetado claro en los productos comestibles e informaran a los padres y madres de familia acerca de la calidad alimentaria de los productos que consumen y compran a sus hijas e hijos.

Así, consideramos que el mensaje en cuestión invita a la deliberación ciudadana sobre asuntos de interés colectivo, como lo es la protección de la infancia y la adolescencia frente a la ausencia de un etiquetado claro, visible y veraz que informe a los consumidores sobre las consecuencias nocivas para la salud del consumo frecuente de estos productos. En esa medida, la transmisión de dicho mensaje contribuye al fortalecimiento del pluralismo que caracteriza el Estado social de derecho, pretende defender el derecho fundamental a una alimentación equilibrada para y a la

¹⁶ En relación con el total de pautas publicitarias sobre alimentos y bebidas analizadas en este estudio (1560 pautas publicitarias en 52 horas de grabación), el 56,3% se publicitaron en la franja infantil (p. 858). Particularmente, el estudio encontró que los alimentos y las bebidas no alcohólicas con alto contenido de azúcar, sodio y grasa saturada eran publicitados más frecuentemente en la franja infantil (69, 56 y 57,1%) que en la franja general (p. 858). Mientras tanto, los alimentos y bebidas con alto contenido de grasa total se transmitieron mayor número de veces en la franja general (para adultos) que en la franja infantil (70,4 y 29,6% respectivamente) (p. 858). Es decir, que mientras productos con alto contenido de azúcar son mayormente publicitados a niños, los productos con alto contenido de grasa son mayormente publicitados para adultos. Ver Mejía Díaz, D. M. (2014). Contenido nutricional de alimentos y bebidas publicitados en la franja infantil de la televisión colombiana. *Nutrición hospitalaria*, 29 (04), 858-64; y Guarnizo Peralta, D. (2017) “Sin reglas ni controles. Regulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores de edad”. *Dejusticia*, Bogotá. Disponible en <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/05/Sin-reglas-ni-controles-DOC-33-versi%C3%B3n-final-WEB.pdf>

¹⁷ De acuerdo con la ENSIN 2015 el exceso de peso en los menores en edad escolar (5 a 12 años) se incrementó de 18,8% en 2010 a 24,4% en 2015; en adultos el 56,4% de la población presenta exceso de peso, lo que significa un incremento de 5,2 puntos porcentuales con respecto al 2010. Datos disponibles en <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Gobierno-presenta-Encuesta-Nacional-de-Situaci%C3%B3n-Nutricional-de-Colombia-ENSIN-2015.aspx>

¹⁸ Ver, *El Espectador*, 19 junio 2018, “Le quitaron el alma al proyecto de ley contra la comida chatarra” disponible en <https://www.elespectador.com/noticias/salud/le-quitaron-el-alma-al-proyecto-de-ley-contra-la-comida-chatarra-articulo-795382>

salud de niños, niñas y adolescentes, y promueve el debate ciudadano alrededor de temas de interés público y vigoriza la democracia, por lo que amerita protección bajo el artículo 20 constitucional. Es por esto que consideramos que el mensaje informativo de Red Papaz merece una protección constitucional reforzada por tratarse de un discurso de interés público que pretende, además, equilibrar la asimetría de información relativa a alimentos ultraprocesados en los medios masivos de comunicación, particularmente la televisión.

2. EL CONTROL PREVIO DE VERACIDAD DEL CONTENIDO DE MENSAJES INFORMATIVOS A SER DIFUNDIDOS EN ESPACIOS TELEVISIVOS CONSTITUYE UNA FORMA DE CENSURA PREVIA PROHIBIDA POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Corte Constitucional ha manifestado de manera reiterada que las libertades de información y de expresión amparadas bajo el artículo 20 de la Constitución Política tienen un trato distinto. En la medida en que cada una de estas manifestaciones de la libertad de expresión recae sobre un objeto diverso, están sometidas a condiciones diferentes. Así, mientras que en la libertad de información se exige que la información transmitida sea veraz e imparcial¹⁹, la libertad de opinión no está sujeta a estos requisitos. Esto significa que la veracidad e imparcialidad constituyen condiciones de legitimidad o presupuestos que delimitan el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad informativa²⁰. Ahora bien, el hecho de que la libertad de información se encuentre sujeta a requisitos de veracidad e imparcialidad no desdibujan la prohibición de censura previa que se encuentra en el artículo 20 constitucional.

La censura previa, en los términos de la Convención Interamericana y del derecho constitucional colombiano, consiste en que las autoridades, por diversas razones, impiden u obstaculizan gravemente la emisión de un mensaje o la publicación de un determinado contenido antes de que este sea divulgado²¹. La Corte ha reconocido que la censura puede tener un contenido negativo, que se concreta en acciones como obstaculizar el flujo comunicativo o prohibir la publicación de cierto tipo de contenidos, bien sea de la totalidad de una obra o exigiendo que ésta se recorte. Asimismo, la censura puede tener un contenido positivo, que resulta al exigir la adecuación del contenido de una determinada expresión a los parámetros del censor, o la introducción de informaciones o contenidos adicionales impuestos por éste²². Los actos de censura se presentan de diversos modos, *“desde los tipos más burdos de frenos estatales sobre lo que se puede publicar y los regímenes de autorización previa más expresos, hasta métodos más sutiles e indirectos de control previo”*²³.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-904 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000, M.P.

²¹ Ibid.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-543 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

²³ Ibid.

Cuando se trata de expresiones cobijadas bajo la libertad de información, la forma de controlar que estas se ajusten a los requisitos de veracidad e imparcialidad procede siempre de manera posterior a la divulgación, so pena de incurrir en censura previa proscrita por la Constitución. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha esclarecido que es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección. Esto conlleva a que el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, sea por una persona particular o un periodista, puede estar sujeto al establecimiento de **responsabilidades ulteriores**, como en el evento en que se afecte el derecho a la honra y la reputación²⁴.

En el presente caso estamos ante una censura previa del mensaje que pretende ser difundido por Red Papaz, violatoria del artículo 20 constitucional. Los canales accionados, a pesar de tener reparos frente al contenido del mensaje informativo el cuestión, no podían someter su divulgación a ninguna forma de control de veracidad antes de su difusión y, sin embargo, negaron la emisión del mensaje aludiendo primero a problemas técnicos en la calidad del video y luego a la supuesta falta de evidencia científica que soportara la expresión “comida chatarra”. Como ha sido mencionado, la determinación de la veracidad del mensaje, y la determinación de responsabilidad por las falsedades que este pudiera contener, solo puede revisarse de forma ulterior a la divulgación. Es por estas razones que consideramos que el haber sometido la emisión del código para la pauta del mensaje informativo de Red Papaz a un control de veracidad de la información constituye censura previa y viola la libertad de expresión de los accionantes.

3. EL ARTÍCULO 30 DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR NO JUSTIFICA LA DILACIÓN Y NEGATIVA DE LOS CANALES ACCIONADOS PARA DIFUNDIR EL MENSAJE DE RED PAPAZ

En este apartado nos referiremos al artículo 30 del Estatuto del Consumidor, en el que los canales accionados fundamentan la censura que ejercieron sobre el contenido del mensaje de Red Papaz. Ello con el fin de argumentar que dicha disposición legal no le otorga a los canales accionados la facultad de hacer un control previo del contenido de los mensajes que pretenden ser publicitados, y que en el caso concreto, mal puede establecerse que la negativa de Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. de divulgar el mensaje informativo de Red Papaz obedece a un mínimo de diligencia de su parte para no incurrir en una responsabilidad por publicidad engañosa.

El artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, el Estatuto del Consumidor, establece que los medios de comunicación deberán responder, junto con el anunciante, por los perjuicios que cause la publicidad engañosa que divulguen, solo si se comprueba dolo o culpa grave de su parte. Este artículo aplica únicamente para aquél contenido que se considere publicidad, y no para todo tipo

²⁴ Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, párr. 79 y Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 121, 123 y 138.

de contenido que pretenda ser transmitido en los medios de comunicación. Como argumentamos en la sección anterior, el mensaje “ No comas más mentiras” de Red Papaz no corresponde a una publicidad sino a un mensaje informativo, protegido bajo la libertad de expresión del artículo 20 constitucional. En esa medida, no pueden los canales accionados oponer dicho precepto legal, pues resulta inaplicable al caso en cuestión.

No obstante, en gracia de discusión, consideramos que el alcance del artículo 30 del Estatuto del Consumidor no le exige a los medios de comunicación hacer un control de fondo del contenido de los mensajes cuya divulgación se solicita. La Corte Constitucional, en la sentencia C-592 de 2012, aclaró que el artículo 30 de la mencionada ley no impone una responsabilidad solidaria objetiva en cabeza de los medios de comunicación y del anunciante. Estos únicamente responderán en cuanto se demuestre su comportamiento doloso o gravemente culposo respecto de los perjuicios causados al consumidor, y solo al cabo de un proceso judicial o administrativo en el que sean declarados jurídicamente responsables²⁵.

De acuerdo con la legislación en materia de responsabilidad civil, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es importante hacer la distinción entre los distintos grados de culpa. Según el artículo 63 del Código Civil, este sistema contiene i) la culpa grave, negligencia grave o culpa lata, que en materia civil equivale al dolo; ii) culpa leve, descuido leve o descuido ligero iii) culpa o descuido levísimo; y iv) dolo -asimilado en el primero-²⁶. Cabe así mismo recordar que la culpa grave es, “*la negligencia grave consistente en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, mientras el dolo es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”²⁷. Dicho de otro modo, solo los medios de comunicación que hayan tenido la intención positiva de generar perjuicios en el consumidor, o que hayan actuado de una forma tan negligente inclusive respecto de los más negligentes frente a negocios ajenos, responderán de manera solidaria por los perjuicios generados al consumidor por la publicidad engañosa.

De lo anterior se desprende que el artículo 30 del Estatuto del Consumidor no exige a los medios de comunicación efectuar un control exhaustivo del fondo de la publicidad, ni tomar todas las precauciones posibles para evitar la generación de perjuicios. Los canales accionados, por su parte, dilataron alrededor de tres semanas el trámite de emisión del código para la pauta del mensaje de Red Papaz y negaron su divulgación hasta tanto Red Papaz no enviara soporte científico de que alimentos como cereales, jugos, bebidas gaseosas y papas fritas están clasificados como “comida chatarra”, pues a su juicio esto implicaba un trato descalificativo y peyorativo de alimentos cuya comercialización no está restringida. Esta inquietud manifestada por los canales accionados pretende indagar de manera profunda en el contenido del mensaje en cuestión, y de esa manera no corresponde con el estándar de culpa grave o dolo por el cual podrían eventualmente responder. No era necesario que los canales accionados sometieran la

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1008 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

divulgación del mensaje de Red Papaz a dicho escrutinio sobre su contenido si su fin era prevenir la responsabilidad de la que habla el artículo 30 del Estatuto del Consumidor.

Aunado a lo anterior, consideramos que los hechos que subyacen a este caso permiten concluir que los condicionamientos que los canales accionados impusieron a Red Papaz para la transmisión del mensaje “No comas más mentiras” no responden al cumplimiento de un deber de debida diligencia de su parte. En primer lugar, la solicitud de información sobre el concepto “comida chatarra” se realizó más de tres semanas después de la solicitud de emisión del código, tiempo que excede el tiempo habitual que toma la entrega de este código, que corresponde a 48 horas según la práctica comercial. Durante ese tiempo, los canales accionados negaron la difusión por formalidades menores que escapan la práctica comercial. Por otro lado, con esta solicitud el CCNP no tuvo en cuenta la información que RedPapaz en su sitio web <https://www.nocomasmentiras.org> había publicado, incluso antes de la solicitud, toda la evidencia científica que respalda lo dicho en el mensaje informativo y su entendimiento de lo que considera “comida chatarra”.²⁸ Finalmente, si en aras de la discusión, el CCNP hubiera querido actuar con la debida diligencia que afirman, le hubiera interesado indagar sobre la evidencia que respalda las afirmaciones más contundentes que hace el mensaje en relación al sobrepeso, la obesidad y la necesidad de un etiquetado claro, visible y veraz y no sobre la expresión “comida chatarra” que es una expresión coloquial del lenguaje que simplemente busca facilitar la comunicación cotidiana.

Asimismo, en el escrito de contestación de la demanda (página 3) y de impugnación (página 5), los canales reafirman que la solicitud de soporte científico adicional obedeció al posible rechazo que el mensaje de Red Papaz podría generar “*en el comercio de productos lícitos y su publicidad*”. Esta afirmación da a entender que la protección que pretendían efectuar los canales accionados parecería estar dirigida a la manutención de la pauta y de sus clientes comerciales mayoritarios y no a la protección de los consumidores, que es el objeto de salvaguarda del Estatuto del Consumidor. Estos hechos develarían que Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., por medio del CCNP, no pretendían desplegar una debida diligencia orientada a impedir la generación de perjuicios por publicidad engañosa a los consumidores sino, al parecer, mantener la pauta comercial de sus clientes más importantes. Asimismo, la actuación de los canales demandados a lo largo de este tiempo no puede considerarse precisamente diligente, teniendo en cuenta el tiempo que tomaron cada una de sus respuestas respecto de la práctica comercial en estos casos.

En este orden de ideas, consideramos que no es posible para Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. respaldar su actuación respecto del mensaje informativo de Red Papaz en la Constitución Política ni en la ley, en tanto esta no responde al estándar de culpa grave o dolo bajo el que opera el artículo 30 del Estatuto del Consumidor. Asimismo, resulta importante

²⁸ Ver, <https://www.nocomasmentiras.org/que-es-la-comida-chatarra/>

resaltar que toda actuación que pretenda ampararse en dicha norma debe estar dirigida a salvaguardar los intereses del consumidor, lo que parece no suceder en este caso.

4. EL JUEZ O JUEZA CONSTITUCIONAL SÍ PUEDE EXIGIRLE A CARACOL TELEVISIÓN S.A. Y RCN TELEVISIÓN S.A. LA DIFUSIÓN DEL MENSAJE DE RED PAPAZ, EN ARAS DE GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE FINES CONSTITUCIONALES A LOS QUE SE ENCUENTRAN SUJETOS EL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN Y EL ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO, PARTICULARMENTE EL PLURALISMO INFORMATIVO Y LA IGUALDAD DE CONDICIONES PARA ACCEDER A ELLOS

En la presente sección expondremos las razones por las que consideramos que, contrario a lo que afirman los canales accionados, el juez o jueza de tutela sí puede exigirle a los canales privados accionados la difusión del mensaje informativo de Red Papaz en los espacios televisivos que estos tienen en concesión. Para ello, abordaremos la naturaleza y principios que rigen la prestación del servicio público de televisión y la gestión del espectro electromagnético como bien público, así como la importancia de los mismos para la libertad de expresión y la consolidación de la democracia. Lo anterior nos permitirá concluir que, en el caso concreto, la difusión del mensaje de Red Papaz es fundamental para garantizar que el contenido televisivo que transmiten los canales accionados, que constituyen una porción importante de la oferta televisiva y cuentan con la mayor penetración en los hogares colombianos, se ajuste al principio de pluralismo informativo al cual debe estar encaminada la prestación del servicio público a su cargo. Asimismo, mostraremos que la forma en que los canales accionados condicionaron el acceso de Red Papaz al espectro electromagnético sobre el cual aquellos tienen una concesión puede derivar en un menoscabo del principio de igualdad. En consecuencia, el juez o jueza de tutela sí puede intervenir para que dicho mensaje sea difundido, pues es responsabilidad del Estado asegurar que el servicio público de televisión cumpla con los fines constitucionales que lo sustentan, en aras de mantener y fortalecer la democracia.

La televisión constituye un medio de comunicación que ofrece programación dirigida al público en general y que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución y recepción de señales de audio y video en forma simultánea²⁹. Según lo dispuesto en la Ley 182 de 1995, la televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado. La prestación de este servicio se realiza mediante la concesión de frecuencias del espectro electromagnético a las entidades públicas, particulares y comunidades organizadas, como autoriza el artículo 365 de la Constitución Política.

Por su parte, el espectro electromagnético ha sido definido como *“una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales”*, cuya importancia radica en su aptitud para transportar e información e imágenes a partir de las cuales se desarrolla la radiodifusión, la televisión y los

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-359 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

servicios de telecomunicaciones³⁰. El espectro electromagnético es uno de los componentes del territorio colombiano y, de conformidad con lo contemplado en el artículo 102, “**pertenece a la Nación.**” Además, el artículo 75 constitucional consagra su carácter de bien público inalienable e imprescriptible, prescribe que está sujeto a la gestión y control del Estado y ordena que este garantice, mediante ley, la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso. Este mismo precepto ordena la intervención del Estado por vía legislativa para garantizar el pluralismo informativo y la competencia y evitar las prácticas monopolísticas.

El que tanto el servicio de televisión como el espectro electromagnético sean de carácter público tiene implicaciones importantes en el margen que tiene el Estado para intervenir en su prestación y gestión por parte de actores públicos y privados. La Corte Constitucional ha dicho que el artículo 75 de la Constitución debe complementarse con lo establecido por el artículo 63 de la misma, que estipula que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La clasificación del espectro electromagnético en tales términos implica que este debe estar destinado a cumplir fines de utilidad pública, para lo cual la intervención estatal es una garantía³¹. Así, los objetivos de la intervención estatal sobre el espectro electromagnético están dados por el artículo 75, a saber, garantizar el pluralismo informativo y la libre competencia, evitar prácticas monopolísticas en su utilización y proteger el derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a su uso³². De igual manera, la Ley 182 de 1995 contempla como principios rectores del servicio público de televisión (i) la preeminencia del interés público sobre el privado, (ii) la garantía del pluralismo político, social y cultural, (iii) la imparcialidad de las informaciones y, (iv) el respeto a los valores de igualdad. A continuación se analizará el caso en relación con algunos de los principios antes mencionados.

4.1 Preeminencia del interés público sobre el privado

El servicio público de televisión, al haber sido definido como tal por la Ley 182 de 1995 y por requerir del espectro electromagnético que es un bien público, debe ser utilizada para contribuir al interés público y satisfacer las finalidades públicas que establece la Constitución. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-497 de 1995 señaló que,

*“[...] la televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja. Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia (...) exige[n] (...) que su manejo se guíe en todo momento **por el más alto interés público y que ningún***

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-815 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-570 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-519 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³² Corte Constitucional, Sentencia C-445 de 1997, M.P.

*sector o grupo por sí solo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente*³³” (énfasis fuera del texto).

En este caso, nos encontramos ante un mensaje informativo que porta un mensaje de interés para la sociedad, pues atiende a un problema cardinal relativo al aumento de la obesidad en niños, niñas y adolescentes, y por ende es de interés para el Estado su divulgación. En efecto, según la OMS, la obesidad entre los niños y los adolescentes se ha multiplicado por 10 en los cuatro últimos decenios. En 2016, según sus estimaciones, unos 41 millones de niños menores de cinco años tenían sobrepeso o eran obesos, y más de 340 millones de niños y adolescentes (de 5 a 19 años) padecían sobrepeso u obesidad³⁴. Esta misma organización también ha destacado la importancia del impacto de la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigidas hacia los niños en la malnutrición que lleva a la obesidad. En mayo de 2010, la 63^a Asamblea Mundial de la Salud aprobó un conjunto de recomendaciones para los Estados sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños³⁵. En dicha publicación la OMS sostiene que muchos datos muestran que la publicidad televisiva, que suele ser sobre productos ricos en grasas, azúcar o sodio, influye en las preferencias alimenticias y las pautas de consumo de la población infantil. En línea con lo anterior, Red Papaz pretende difundir un mensaje informativo para alertar a los televidentes sobre como la ausencia de un etiquetado claro, visible y veraz que informe a los consumidores (particularmente madres y padres de familia) sobre las consecuencias para la salud del consumo habitual de productos comestibles ultraprocesados altos en azúcar, grasas o sodio puede incidir en el aumento del sobrepeso y la obesidad en niños y niñas. En esa medida, atendiendo a la primacía que ostentan los derechos de niños, niñas y adolescentes en el orden constitucional y legal colombiano, el mensaje que pretende ser difundido por Red Papaz contribuye a la garantía de que la televisión se destine a servir un interés público, como supone la Ley 182 de 1995.

4.2 Garantía del pluralismo político, social y cultural

La garantía del pluralismo informativo en la televisión es esencial debido al impacto de dicho medio de comunicación en la consolidación de la democracia. Según la Corte, el adecuado funcionamiento de la democracia depende en gran medida de que los ciudadanos tengan la posibilidad de acceder a la información y de contrastar distintas visiones de los sucesos en la sociedad. La televisión juega un rol preponderante en ello, pues corresponde al medio de comunicación que mayor penetración ha tenido en las personas y en los hogares, por encima de

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³⁴ OMS. *Obesidad y sobrepeso*. 18 de octubre de 2017. Disponible en: <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight>

³⁵ OMS. *Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños*. Suiza: OMS, 2010. En: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44422/9789243500218_spa.pdf;jsessionid=ECA2586B13BC2A373058909B45C6F670?sequence=1

los periódicos, las revistas o la radio, por lo que tiene una capacidad enorme de influenciar la opinión pública. De hecho, los estudios especializados la identifican como un medio de cohesión social, en cuya regulación le asiste al Estado un preeminente interés general³⁶. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que,

*“[...] los medios de comunicación, y en especial los medios de comunicación audiovisual, desempeñan una función esencial para garantizar la libertad de expresión de las personas, en tanto sirven para difundir los propios pensamientos e informaciones y, al mismo tiempo, permiten acceder a las ideas, informaciones, opiniones y manifestaciones culturales de otras personas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática al señalar que **los medios son vehículos o instrumentos de la libertad de expresión e información y por lo tanto la libertad y la diversidad deben ser principios rectores de la regulación de la radiodifusión**, y la actividad de los medios de comunicación debe estar guiada y protegida por los estándares del derecho a la libertad de expresión. En efecto, la CIDH ha indicado que **la regulación del espectro radioeléctrico debe garantizar, al mismo tiempo, la libertad de expresión del mayor número de personas o perspectivas, la igualdad de oportunidades en el acceso a los medios y el derecho a la información plural y diversa de las sociedades contemporáneas**”³⁷(énfasis fuera del texto).*

Debido a esta singular y significativa influencia del servicio público de la televisión en la sociedad contemporánea, es natural que un Estado democrático y pluralista intente mantener ese medio libre de las influencias de los grupos económicos que puedan provocar informaciones sesgadas³⁸. De allí que la Constitución Política haya sustraído la televisión del dominio de los más fuertes grupos políticos y económicos, y en cambio, se otorgara al Estado la potestad de decidir las condiciones para la prestación de ese servicio, con el fin de asegurar su democratización y el cumplimiento de los fines constitucionales³⁹. Al respecto, la Corte Constitucional adujo, en sentencias como la C-497 de 1995 y la C-359 de 2016:

*“La televisión, sobra decirlo, ocupa, un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, **el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida resultan afectados por la libertad de acceso y el pluralismo que caracterice la televisión** y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la*

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-359 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁷ CIDH, *Estándares de libertad de expresión para la transición a una televisión digital abierta, diversa, plural e inclusiva*, Informe temático contenido en el Informe Anual 2014 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2014.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-519 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

mayoría política, o más grave aún de los grupos económicos dominantes”⁴⁰ (énfasis fuera del texto).

De lo anterior se colige que para garantizar que el interés predomine en la televisión, le corresponde al Estado no solo que esta sea utilizada para la difusión de mensajes e informaciones sobre asuntos de interés público, sino también velar por evitar su apropiación por parte de particulares, o que su uso se desvíe hacia la satisfacción de intereses privados que desplacen el interés público en detrimento del pluralismo que debe caracterizar a la televisión⁴¹. La Corte ha insistido en que el espectro electromagnético no se integra a la gestión patrimonial ni a la autonomía negocial de los particulares⁴². Asimismo, ha aclarado que la gestión de los bienes y servicios públicos a través del sistema de concesión no implica que nos encontremos en el campo de la libertad económica, sino en el de la función pública. Esto no sólo porque la titularidad de la actividad es de naturaleza pública, sino también porque se trata de la satisfacción del interés público, para lo cual el legislador puede establecer las condiciones y limitaciones necesarias para el logro de sus fines competenciales⁴³. De allí que la garantía constitucional a la libertad económica no pueda ser tenida como una razón suficiente para dejar de establecer las condiciones o limitaciones que el uso del bien requiera⁴⁴.

El caso concreto del mensaje que pretende ser difundido por Red Papaz amerita, por sus particularidades, la intervención del Estado en aras de contribuir al pluralismo informativo. Como hemos mencionado, el mensaje informativo “No comas más mentiras” es un mensaje sobre asuntos de interés público, que provee informaciones y opiniones sobre los impactos del consumo de alimentos ultraprocesados en la salud de las personas, especialmente niños, niñas y adolescentes, y la necesidad de establecer un etiquetado claro, visible y veraz de tales productos. En particular se trata de un mensaje poco común en los medios de comunicación como la televisión, donde el mensaje preponderante es el de la propaganda comercial de quienes perciben lucro por la venta de productos ultra-procesados. Esta disparidad, entre el contenido publicitario y mensajes informativos de carácter minoritario como el de Red Papaz favorece la difusión de una visión única y unilateral de la realidad, que a su vez propende por favorecer intereses privados. Lo anterior puede resultar en un deterioro de la libertad de información y la democracia, en tanto no existirá información lo suficientemente diversa para que los receptores puedan contrastarla y formarse una opinión informada. La situación descrita nos permite concluir que, si el Estado no interviene para proteger la difusión de mensajes que aporten diversidad al contenido de la televisión, tal como lo es el mensaje informativo en cuestión, existe un riesgo de

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-359 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-530 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía; Sentencia C-082 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Sentencia C-519 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C- 151 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-359 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-815 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-519 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-519 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

que en el servicio público de televisión, cuya finalidad es servir al interés público, prime la libertad económica de grupos económicos dominantes, en detrimento de los principios de libertad de expresión y democracia.

4.3 El respeto al valor de la igualdad

El artículo 75 constitucional y el artículo 2 de la Ley 182 de 1995 consagran el respeto al principio de igualdad como finalidad de la gestión del espacio electromagnético y como principio rector de la prestación del servicio público de televisión. Consideramos que la garantía de igualdad en el acceso a dichos bienes y servicios públicos es un presupuesto para el pluralismo informativo. En efecto, es en la medida en que las personas puedan acceder al espectro electromagnético en condiciones de igualdad que se garantiza que toda la variedad de informaciones y opiniones que conforman una esfera pública pluralista puedan ser ampliamente difundidas mediante la televisión. Si solo algunos tienen acceso a ello, se coarta indefectiblemente el pluralismo informativo que debe preponderar en la televisión. Solo si la audiencia televisiva accede a informaciones y opiniones diversas, que reflejen el pluralismo político, social y cultural del país, podrá haber una opinión pública informada que fortalezca la democracia. Antes de proceder a analizar este principio en el caso concreto haremos algunas precisiones sobre la naturaleza del bien en cuestión: el espectro electromagnético y el rol de los canales privados.

4.3.1 El espectro electromagnético como un bien escaso

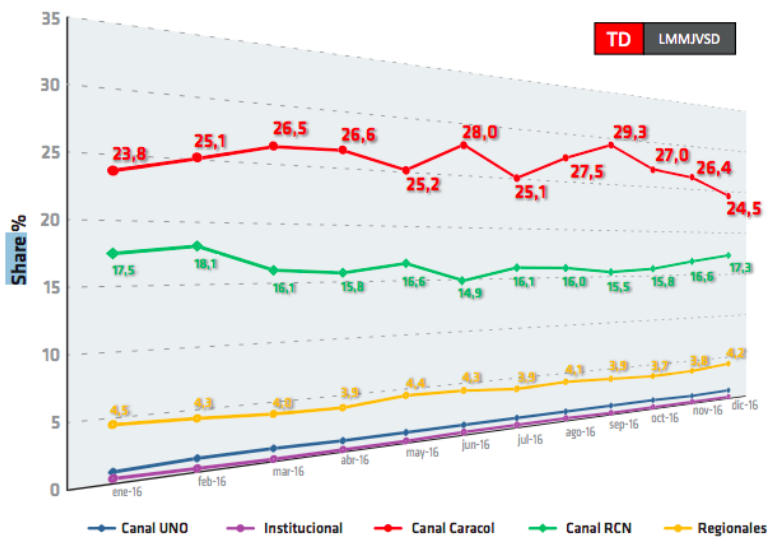
La Corte Constitucional ha reconocido que el espectro electromagnético, y en consecuencia la televisión, es un bien escaso⁴⁵. No todas las personas pueden tener acceso a este y mucho menos obtener una concesión para usufructuarlo. La Ley 182 de 1995 dispone una serie de requisitos relativos a la solvencia, capacidad de cumplimiento, capacidad contractual e idoneidad para quienes pretendan ser concesionarios de frecuencias del espectro electromagnético para prestar el servicio de televisión. En efecto, en este momento solo hay en Colombia tres canales privados, de los cuales uno es local (CityTV).

Es en virtud de todo lo anterior que el Estado no solo puede sino que debe intervenir en la utilización del espectro electromagnético para la prestación del servicio público de televisión, incluso cuando es un actor privado quien lo hace, para satisfacer finalidades constitucionales de gran trascendencia como lo son el pluralismo informativo y la igualdad en el acceso a un bien

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-519 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

escaso como lo es el espectro electromagnético, y así evitar la indebida injerencia de los poderes económicos en la difusión de la televisión en nuestro país⁴⁶.

Cabe resaltar que la intervención del Estado para garantizar las mencionadas finalidades constitucionales cobra mayor importancia si se consideran las características del mercado de televisión en Colombia. Si bien existen varias modalidades del servicio de televisión, así como varios canales según tal diversidad de modalidades, no puede ignorarse el hecho de que los canales con la mayor penetración en los hogares colombianos, y que concentran de forma importante la audiencia, son dos canales privados de televisión abierta de carácter comercial: Caracol y RCN. En efecto, a partir de datos de la empresa de investigación de medios y mercados IBOPE Media, el informe corporativo de Caracol Televisión del 2016 revela que solo entre Caracol y RCN reúnen el 42.6% de la participación promedio de audiencia, medida en el total día de lunes a viernes (26.3% corresponde a Caracol y 16.3% a RCN). La televisión por cable, que agrupa a más de 300 canales, obtuvo una participación de 52%. Los canales regionales como Teleantioquia, Telecaribe, Telepacífico, Teleoriente, Telecafé, Telemedellín, Canal Capital y Señal Colombia marcaron una participación del 4.1%. Finalmente, Canal UNO alcanzó un 1% y el Canal Institucional 0.3%⁴⁷.



SHARE% | Total Colombia | Total día 06:00 a 24:00 | Lunes a Domingo
Fuente datos: Ibope Colombia Markdata Media Workstation

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁷ CARACOL TELEVISIÓN. Informe de gestión 2016. Disponible en: <https://www.caracolcorporativo.com/system/files/Informe%20de%20Gesti%C3%B3n%20Caracol%20Televisi%C3%B3n%202016.pdf>

Lo anterior muestra la significativa diferencia existente entre la penetración de Caracol Televisión y RCN frente al resto de canales en los hogares colombianos, ya sean nacionales o regionales, abiertos o por cable.

4.3.2 El caso de RedPapaz evidencia una desigualdad fáctica en el acceso a los medios de comunicación

La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 13 el principio y derecho constitucional a la igualdad. La Corte Constitucional ha señalado que dicho principio no se limita a un mandato de trato igual ante la ley y la prohibición de la discriminación –igualdad formal–, sino que también exige una valoración de las condiciones diferenciales de existencia entre distintos grupos sociales, de tal manera que puedan reconocerse la desigualdades que se presentan en la realidad y tomar medidas especiales para su superación –igualdad material–⁴⁸. En materia de acceso a los medios de comunicación, particularmente la televisión, consideramos importante reconocer que existen unas desigualdades fácticas entre las diferentes personas y grupos sociales que pretenden acceder a ella. En este apartado demostraremos que las condiciones de acceso por parte de RedPapaz a los medios televisados es minoritaria y desigual en comparación con la industria de alimentos y bebidas que promueven un discurso mayoritario a favor del consumo habitual de estos productos, y en ese sentido, la intervención del juez o jueza constitucional en la corrección de dichas desigualdades y la vigilancia de las condiciones de acceso a la televisión es no solo constitucionalmente legítima sino necesaria.

Los dos canales pertenecen a grupos empresariales importantes: Caracol Televisión S.A. pertenece a la Organización Ardila Lülle, mientras que RCN Televisión S.A. forma parte del Grupo Santodomingo – Valorem. Dichos grupos no tienen como única actividad comercial la prestación de servicios de televisión, sino que también producen y comercializan productos y servicios en sectores que incluyen el automotriz, agroindustrial, deportivo, inmobiliario, financiero, de alimentos, comercio electrónico, logística, transporte y turismo. Por otro lado, y como se señaló anteriormente, RedPapaz es una organización sin ánimo de lucro que tiene como fin abogar por la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, nació en 2003 y cuenta con un equipo de alrededor de 18 personas de tiempo completo con el cual gestiona una red de 600.000 madres y padres de familia aproximadamente.

Las cifras destinadas por concepto de publicidad en cada actor muestran también importantes diferencias de hecho. La empresa Postobón, una de las múltiples empresas del Grupo Ardila

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-389 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería; Sentencia T-340 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia C-220 de 2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

Lüle, dedicada a la promoción de bebidas gaseosas con alto contenido de azúcar, reportó gastos por publicidad de \$119.327 millones en 2014 y de \$123.812 millones en 2015.⁴⁹

Estos datos muestran la influencia y poder económico de ciertos actores económicos en el contenido televisivo nacional. En ese sentido, la intervención del Estado en la prestación del servicio público de televisión es totalmente justificada y necesaria a la luz de la Constitución, pues el hecho de que dos grupos empresariales dominen de forma tan predominante la televisión que los colombianos ven en sus hogares genera el riesgo de que los contenidos que allí se transmiten se inclinen hacia la repetición mayoritaria de un discurso netamente comercial y al favorecimiento de intereses económicos privados, desplazando los fines constitucionales a los que debe sujetarse la televisión, particularmente desplazando discursos minoritarios a favor de la salud pública y la alimentación equilibrada de la niñez y, por consiguiente, debilitando la democracia y los derechos de consumidores, madres y padres de familia, niños y niñas.

Además de la desproporción de contenidos en la televisión relativos a información y publicidad de “comida chatarra” que mencionamos arriba, en el presente caso el respeto al principio de igualdad se ve afectado por la forma en que los canales accionados condicionaron y dilataron el acceso de Red Papaz al espectro electromagnético para difundir el mensaje mediante la televisión. Tal como consta en el escrito de tutela, sin que fuese rebatido por los accionados en el trámite de primera instancia ni en el escrito de impugnación, los canales accionados se negaron a emitir el código correspondiente para pautar el mensaje informativo por formalidades menores que escapan la práctica comercial –el mensaje aparecía pixelado en las esquinas, la solicitud no estaba dirigida a la persona indicada–, y que tomaron alrededor de nueve (9) días cuando lo habitual es que se emita el código dentro de las cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la solicitud. Luego, los canales accionados alegaron que el contenido del mensaje podía generar prevención y rechazo de los anunciantes de productos comestibles ultraprocesados, por lo que exigieron a Red Papaz aportar soporte científico adicional. Al momento de la presentación de la acción de tutela, y luego de tres semanas desde la solicitud original, el contenido del mensaje informativo seguía siendo analizado y no hubo indicación alguna de fechas para la emisión del código requerido para pautar. Los hechos narrados apuntan a que el mensaje informativo de Red Papaz fue sometido a una serie de controles y dilaciones atípicas en la práctica comercial de las pautas en televisión. De allí que, de acreditar una afectación a la igualdad en el acceso al espectro electromagnético, el juez o jueza constitucional sí puede exigirle a los canales accionados cumplir con este principio constitucional, que en últimas corresponde a una de las finalidades que deben satisfacer con la prestación del servicio para el cual tienen una concesión del Estado.

⁴⁹ Postobón (2015). Informe de Gestión 2015. Recuperado de http://www.postobon.com/sites/default/files/financiera_2015/Informe%20gestion%20postobon%202015_WEB.pdf, p. 68.

5. PETICIONES

Por las razones expuestas en este escrito, consideramos que la conducta de Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., integrantes del CCNP, de dilatar injustificadamente y someter la divulgación del mensaje informativo de Red Papaz a controles de veracidad previos, vulnera la libertad de expresión de los accionantes. Por consiguiente, solicitamos a usted, Honorable Juez o Jueza, confirmar la decisión del Juez Administrativo del Circuito de Bogotá y amparar los derechos fundamentales de la Corporación Colombiana de Padres y Madres Red Papaz.

Respetuosamente,

César Rodríguez Garavito

Diana Guarnizo Peralta

Mauricio Albarracín Caballero

Vanessa Daza Castillo