

Bogotá, 15 de enero de 2019

Magistrados

José Fernando Reyes Cuartas

Antonio José Lizarazo Ocampo

Sala de Selección No. Uno

Corte Constitucional

E. S. D

Asunto: solicitud ciudadana de revisión del expediente T-7.139.620, correspondiente a la acción de tutela interpuesta por la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red Papaz– contra la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA–, y al que se vincularon las sociedades Postobón S.A. y Alpina Productos Alimenticios S.A.

Cuestión constitucional en discusión: vulneración del interés superior del menor y los derechos de los niños, niñas y adolescentes a la información, a la salud, la alimentación saludable y a la vida.

Diana Rodríguez Franco, Diana Guarnizo Peralta, Mariluz Barragán González, Ana María Narváez y Jesús David Medina, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, mayores de edad, y vecinos de Bogotá D.C., actuando como ciudadanos y en calidad de subdirectora e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, respectivamente, le solicitamos a la Sala de Selección No. Uno de la Corte Constitucional la selección del expediente T- T-7.139.620. En este proceso de tutela, la Corporación Colombiana de Padres y Madres (en adelante Red Papaz) reclama la protección del interés superior del menor y los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) a la información, la salud y la alimentación saludable, debido a la conducta dilatoria y la ausencia de un trámite prevalente por parte de la SIC a la hora de resolver las quejas por publicidad engañosa presentadas contra los productos *Hit* de Postobón S.A. (en adelante Postobón) y *Fruper con Nutrimix* de Alpina Productos Alimenticios S.A. (en adelante Alpina).

Para sustentar la presente solicitud, dividimos el escrito en tres partes. En la primera, exponemos sucintamente los hechos que dan origen a la acción de tutela y las decisiones judiciales en este proceso. En la segunda, señalamos y desarrollamos las razones por las cuales debe ser seleccionado este caso para revisión por la Corte Constitucional, con base en los criterios orientadores de la selección de tutelas dispuestos en el artículo 52 del Reglamento de la Corte Constitucional (Acuerdo 02 de 2015). Finalmente, en consecuencia, solicitamos la revisión de este proceso.

1. Resumen de los hechos que dan origen a la tutela y las decisiones judiciales en el proceso

El 21 de diciembre de 2017, Red Papaz interpuso ante la SIC quejas por publicidad engañosa contra los productos *Fruper con Nutrimix* de Alpina y *Hit* de Postobón, pues, respectivamente, ambas empresas presentaron en comerciales afirmaciones sobre sus productos que no corresponden a la realidad y que, en consecuencia, conducen a engaño. La denuncia contra Alpina se debe a un comercial en YouTube en el que se resalta que *Fruper con Nutrimix* es ideal para NNA y contiene vitaminas y minerales que contribuyen positivamente a la salud y crecimiento de estos. Entretanto, la denuncia contra Postobón se fundamenta en la divulgación de tres piezas publicitarias (dos comerciales televisivos y una publicación en Facebook) en donde se resalta que el producto *Hit* proviene de frutas y que su consumo es conveniente para la salud de los NNA. Sin embargo, tal como expone Red Papaz, ambos productos exceden aproximadamente diez veces el nivel de azúcar recomendado por la Organización Panamericana de la Salud (en adelante OPS), por lo cual, no es dable afirmar que las bebidas sean recomendables o ideales para NNA ni que se puedan denominar como jugos.

Ante la ausencia de una respuesta oportuna, clara y precisa por parte de la SIC y el INVIMA sobre las quejas contra *Hit* y *Fruper* y las acciones adelantadas contra las empresas que elaboran estos productos, el 24 de septiembre de 2018 Red Papaz entabló una acción de tutela contra las entidades (SIC e INVIMA) con el fin de que se garantizaran los derechos fundamentales a la información, debido proceso, igualdad y a la alimentación, salud e información de los NNA. Asimismo, solicitó que: 1) se le reconociera como tercero interviniente dentro de los procesos administrativos por publicidad engañosa contra Alpina y Postobón que adelanta la SIC; 2) se ordenara al INVIMA dar respuesta completa a la solicitud de información formulada el 15 de marzo de 2018, en donde solicitaba información sobre las acciones adelantadas contra el producto *Hit* de Alpina; 3) se ordenara a la SIC informar a Red Papaz sobre las actuaciones adelantadas en las quejas contra Alpina y Postobón; y 4) se ordenara a la SIC dar un trámite prevalente, tomar las medidas cautelares que sean procedentes y adoptar una decisión de fondo con respecto a las denuncias por publicidad engañosa en contra de Alpina y Postobón elevadas el 21 de diciembre de 2017.

A lo largo de la acción, Red Papaz explicó, tal como lo hizo en las quejas ante la SIC, la relación que existe entre la publicidad de alimentos ultraprocesados o poco saludables a NNA (especialmente cuando es falsa o engañosa), la obesidad infantil y las enfermedades crónicas de menores de edad con altos costos para el sistema de salud, y cómo esta situación juega en contra de los derechos fundamentales de los NNA.

En el curso del proceso de tutela, el 4 octubre de 2018, el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá negó el amparo solicitado por Red Papaz, pues, según lo expone en la sentencia, antes del fallo Red Papaz fue reconocida por la SIC como tercero interesado en la actuación administrativa adelantada contra Alpina y Postobón, al tiempo que el INVIMA dio respuesta a las inquietudes formuladas por la accionante. Sin embargo, en vista del sentido del fallo y de las múltiples omisiones del *ad quo*, que dejó de lado analizar la actitud dilatoria de la SIC en el trámite de las quejas interpuestas (que llevan más de diez meses sin respuesta y que permite entretanto que Postobón y Alpina sigan reproduciendo piezas publicitarias engañosas), la ausencia de un trámite prevalente para aquellas quejas relacionadas con los derechos de los NNA y la relación entre la publicidad engañosa de alimentos ultraprocesados dirigidos a estos y la afectación a sus derechos fundamentales, Red Papaz impugnó la decisión de primera instancia.

El 31 de octubre de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Sala Civil), como juez de segunda instancia, resolvió denegar la apelación al considerar que: 1) no se puede pretender que en aras de garantizar el derecho de los NNA se vulneren las prerrogativas de defensa de las empresas investigadas ante la SIC y el INVIMA; 2) no avizora la ocurrencia de un perjuicio irremediable que permita al juez constitucional emitir un pronunciamiento en torno a los derechos de los NNA; y 3) no avizora un retardo injustificado en el proceso administrativo de las quejas interpuesta por Red Papaz. Paralelamente, el *ad quem* instó al accionante a acercarse a los organismos de control si está inconforme con los términos procedimentales de las entidades administrativas a la hora de resolver las quejas interpuestas.

2. Razones para la selección del expediente T-7.139.620 con base en los criterios del artículo 52 del Reglamento de la Corte Constitucional

Este tribunal, por medio del artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015, estableció una serie de criterios orientadores para la selección de los fallos de tutela, que se dividen en objetivos, subjetivos y complementarios. Consideramos que este caso cumple varios de los criterios mencionados y, en razón al interés superior del menor y de la especial protección constitucional a los NNA, reviste una alta relevancia para la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A continuación, se detallarán las razones por las cuales debe ser seleccionado este proceso de tutela para revisión.

2.1 Criterios objetivos: asunto novedoso, necesidad de aclarar el contenido del derecho fundamental de los NNA a la información y la salud en las relaciones de consumo

y frente a la publicidad engañosa, y desconocimiento del precedente sobre la prevalencia de los NNA en toda actuación de autoridades públicas

La tutela entablada por Red Papaz cumple con varios criterios objetivos. Por un lado, con el criterio asunto novedoso, pues hasta el momento la Corte no ha abordado un proceso que tenga como asunto central la publicidad engañosa de productos ultraprocesados dirigidos a NNA y donde se enjuicien las actuaciones administrativas de entidades públicas con poder sancionatorio por no acatar el principio de interés superior del menor. Asimismo, con el criterio necesidad de aclarar el contenido de un derecho fundamental, pues se requiere explicar el alcance del derecho a la información y a la salud de los NNA en las relaciones de consumo y frente a la publicidad engañosa. Y, por otro lado, con el criterio desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, pues los jueces de instancia no tuvieron en cuenta la amplia y reiterada jurisprudencia constitucional sobre la prevalencia de los derechos e intereses de los NNA en toda actuación a cargo de las autoridades públicas.

Con respecto al criterio **asunto novedoso**, consideramos que se ve satisfecho ya que, hasta el momento, la Corte Constitucional no ha sometido bajo su análisis un caso en donde se enjuicien las actuaciones administrativas de las autoridades con competencia en la protección del consumidor por no acatar los derechos e intereses superiores de los NNA.

Concretamente, el expediente de tutela que aquí se pide seleccionar tiene como temas novedosos los siguientes: 1) la protección de los derechos de los NNA como consumidores cuando se ven expuestos a publicidad engañosa de productos ultraprocesados y nocivos para su salud; 2) el deber de las autoridades administrativas de resolver aquellas quejas en donde se vean involucrados los intereses de los menores de edad de forma prevalente y atendiendo a los principios constitucionales que los protegen; y 3) la necesidad de fijar criterios que garanticen el acceso oportuno a la administración de justicia cuando las entidades administrativas con poder sancionatorio no resuelvan las quejas que involucren derechos fundamentales de NNA.

Este caso, además, resulta novedoso para la Corte pues aún no se ha referido al deber de las empresas, especialmente aquellas dedicadas al comercio de productos alimenticios ultraprocesados, de publicitar información clara, concreta y veraz acerca de su contenido, de manera que no conduzcan a engaño o error. La presente cuestión adquiere aún más importancia cuando del lado de los consumidores se encuentra sujetos de especial protección constitucional como NNA, lo que implica atender a su grado de desarrollo físico, mental y emocional para la toma de decisiones y la participación autónoma en el campo del consumo.

Por otro lado, con respecto al criterio **necesidad de aclarar el contenido de un derecho fundamental**, resulta importante que la Corte Constitucional se pronuncie acerca del alcance y contenido de los derechos de los NNA a la información de bebidas y alimentos en su calidad de consumidores, así como también a la garantía de protección contra la publicidad engañosa.

Si bien la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia jurisprudencia en torno a la especial protección constitucional de los NNA¹, al momento no ha aclarado el alcance de sus derechos en las relaciones de consumo y particularmente en torno a la publicidad de productos alimenticios que se presentan como naturales o saludables cuando no es así. Aún más, no ha hecho referencia expresa a los derechos consagrados a su favor en el Estatuto del Consumidor (en los artículos 1°, 28 y 52) y en el Decreto 975 de 2014, relativos a los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los NNA y los correlativos deberes de los anunciantes en esta materia.

El caso más próximo a este asunto fue resuelto por la sentencia T-543 de 2017², a través de la cual la Corte Constitucional concluyó que la SIC había censurado a la organización Educar Consumidores al ordenarle retirar un comercial televisivo en donde informaba acerca de los efectos nocivos del consumo de bebidas azucaradas. En dicha ocasión, la Corte advirtió que en adelante la SIC no podrá hacer control previo de contenidos informativos y que los consumidores tienen derecho a recibir información sobre los riesgos de las bebidas azucaradas para la salud. Pero en esa oportunidad, la Corte no se pronunció sobre los derechos de los NNA, considerando que se trataba de un caso de censura, mas no del derecho a la información y/o de la publicidad dirigida a NNA.

Además, la necesidad de aclarar el alcance de los derechos fundamentales de los NNA a la información sobre productos alimenticios se debe a los varios estudios que relacionan la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no saludables a la población infantil y el riesgo de obesidad y trastornos metabólicos en esta³; enfermedades que, dicho sea de paso, tiene un gran costo para el sistema de salud en Colombia. Tal como hemos expuestos en distintos documentos⁴, la obesidad en la población infantil es un problema que aqueja a nuestro país, ante lo cual el Estado ha hecho poco, por no decir nada. Según cifras de la Encuesta Nacional de la Situación Nutricional en Colombia, el 17,1% de la población infantil entre los 5 y 17 años tiene exceso de peso⁵. De acuerdo con dichas cifras, el incremento del exceso de peso ha sido especialmente evidente en la población de 5 a 9 años, la cual pasó de tener una prevalencia del 14,3% en el año 2005, a 18,9% en 2010.

¹ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencia T-029 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y sentencia T-208 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. De igual forma, en la reciente T-302 de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez, la Corte Constitucional indicó que la alimentación es un derecho fundamental complejo en cabeza de los NNA y, en esa medida, debe ajustarse a los patrones culturales de las comunidades a las cuales pertenezcan.

² M.P. Diana Fajardo Rivera.

³ Guarnizo Peralta, Diana. *Sin reglas ni controles. Regulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores de edad*. Documento 33. Bogotá: Dejusticia, 2017, p. 9.

⁴ Guarnizo Peralta, Diana. *Sin reglas ni controles. Regulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores de edad*. Documento 33. Bogotá: Dejusticia, 2017; y Rozo Ángel, Valentina. *Sobrepeso y contrapesos. La autorregulación de la industria no es suficiente para proteger a los menores de edad*. Documento 42. Bogotá: Dejusticia, 2017.

⁵ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. *Encuesta nacional de la situación nutricional en Colombia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2010

Desde Dejusticia hemos resaltado que, de acuerdo con la evidencia actual, la promoción y la publicidad de alimentos y bebidas no saludables tiene una fuerte influencia en los patrones de alimentación de la población infantil, incrementando el consumo de productos con altos contenidos de azúcares adicionados y bajo contenido nutricional, los cuales aumentan el riesgo de obesidad y trastornos metabólicos en este sector poblacional⁶. Dicha evidencia ha mostrado, igualmente, que la promoción y publicidad de estos productos influyen de manera determinante en las preferencias, solicitudes de compra y consumo de los niños y los adolescentes; y que las personas menores de 12 años no tienen forma de distinguir entre la información real y la publicidad engañosa, por lo que son altamente influenciados por los mensajes publicitarios⁷.

En efecto, los estudios que hemos recogido en nuestras investigaciones muestran la relación entre la publicidad emitida a través de la televisión y la obesidad en la población infantil⁸. Sobre esto, una investigación realizada por la Universidad de Antioquia⁹ señala que en Colombia los niños están expuestos con mayor frecuencia a la publicidad de alimentos y bebidas en comparación con los adultos. Particularmente, dicho 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 que en la franja general¹⁰. Por lo anterior, la Organización Mundial de la Salud¹¹ y la Organización Panamericana de la Salud¹² han recomendado a los Estados emprender acciones para restringir la promoción y publicidad de bajo valor nutricional a los NNA.

Así entonces, se requiere que, desde el máximo tribunal constitucional, se precise el alcance del derecho a alimentación, la información y a la salud de los NNA en las relaciones de consumo y a la prohibición de publicidad engañosa, especialmente cuando se ha demostrado la relación entre el anuncio de alimentos poco saludables y graves afecciones en la salud en la población infantil.

Finalmente, con respecto al criterio **desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional**, resulta necesario que la Corte llame la atención, una vez más, sobre la prevalencia del interés superior del menor y sus derechos constitucionales en aquellos

⁶ Guarnizo Peralta, Diana. *Sin reglas ni controles. Regulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores de edad*. Documento 33. Bogotá: Dejusticia, 2017, p. 9.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid., p. 11.

⁹ Mejía Díaz, Diana Margarita y otras. *Contenido nutricional de alimentos y bebidas publicitados en la franja infantil de la televisión colombiana*. *Nutrición Hospitalaria*. 2014; 29 (04), p. 858-864.

¹⁰ Ibid., p. 858.

¹¹ Organización Mundial de la Salud. *Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños*. Washington: OMS, 2010.

¹² Organización Panamericana de la Salud. *Recomendaciones de la consulta de expertos de la Organización Panamericana de la Salud sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigidas a los niños en la región de la Américas*. Washington: OPS, 2011.

asuntos sometidos a las autoridades públicas, lo cual ha sido frecuentemente reiterado en su jurisprudencia. Lo anterior, por el hecho de que los jueces de instancia omitieron en el análisis de este caso criterios de obligatoria observancia tales como la garantía del desarrollo integral y la protección de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los NNA¹³.

Sobre el carácter prevalente de los derechos de los NNA, la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia jurisprudencia en donde ha reconocido y resaltado la especial protección por el régimen jurídico a los menores de edad. Esto tiene fundamento, entre otras cosas, en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran, pues debido a su grado de desarrollo aún están en proceso de adquirir la madurez necesaria para la toma libre y autónoma de decisiones en la sociedad y en el mercado. En vista de lo anterior, tal como lo resalta la Corte y la Constitución Política en el artículo 44, el Estado –y sus instituciones–, la sociedad y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida de los NNA en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral¹⁴.

Concretamente, sobre el interés superior del menor en relación con el acceso a la justicia, la Corte ha señalado que, como parte del contenido y alcance de los derechos de los NNA, existen

“unos criterios jurídicos que deben observar las autoridades administrativas y judiciales al momento de emplear el principio del interés superior de los menores, en los siguientes términos: (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales como resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan con los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular”¹⁵.

Esto, no obstante, no fue atendido por los jueces de instancia que tuvieron a cargo el estudio de este caso, cuyo tema central son los derechos de los NNA a acceder a información clara y veraz sobre los productos que consumen y la garantía de prohibición de publicidad engañosa.

El presente caso de tutela es entonces una oportunidad para que la Corte Constitucional reitere el deber de los operadores judiciales de aplicar el principio de interés superior del

¹³ Sobre los criterios de aplicación del principio del interés superior del menor, ver, Corte Constitucional, sentencias T-502 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-466 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-208 de 2017. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo y sentencia T-502 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

menor en los casos que involucren NNA, conforme a los criterios que ha definido en su reiterada jurisprudencia al respecto.

En síntesis, la selección de este proceso le permite a la Corte estudiar un asunto novedoso sobre la garantía de los derechos de los NNA en las relaciones de consumo, especialmente en el mercado de bebidas y alimentos ultraprocesados, y sobre la debida actuación de las autoridades administrativas con poder sancionatorio en dichos asuntos. Asimismo, le permite aclarar el contenido del derecho fundamentales de los menores a la alimentación, la información y a la salud en relación con la publicidad de bebidas y alimentos altos en azúcar, sodio y grasas. Y, además, reiterar la jurisprudencia constitucional que impone a los operadores de justicia el deber de aplicar el interés prevalente del menor en aquellos asuntos sometidos a su cargo en donde se vean involucrado sus derechos.

2.2 Criterios subjetivos: necesidad de materializar un enfoque diferencial y urgencia de proteger un derecho fundamental

La selección de este caso cumple también con dos criterios subjetivos. Por un lado, la necesidad de materializar un enfoque diferencial, toda vez que en el expediente de tutela se discuten los derechos de los NNA, quienes, por su etapa de desarrollo físico, emocional y mental, requieren políticas y medidas diferenciales. Por otro lado, la urgencia de proteger derechos fundamentales a la alimentación y a la salud de los NNA, pues, hasta al momento, la SIC y el INVIMA no han tomado una decisión de fondo con respecto a las quejas por publicidad engañosa, mientras que las empresas denunciadas siguen anunciando información falsa sobre el contenido de sus productos.

Frente el criterio **necesidad de materializar un enfoque diferencial**, como se ha mencionado, la Corte Constitucional en variadas providencias ha reconocido y resaltado la calidad de los NNA como sujetos de especial protección del régimen constitucional¹⁶. Esta calidad, aclara la Corte, deviene de varios sustentos normativos, entre los cuales se destaca el artículo 44 superior, que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y los varios instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, los cuales consagran el principio del interés superior de los menores de dieciocho años.

Como parte del bloque de constitucionalidad, se encuentran distintos convenios y normas que han sido constantemente reiterados por la Corte en su jurisprudencia¹⁷. En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959, cuyo principio II señala que los

¹⁶ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencia T-029 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y sentencia T-208 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁷ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencia T-023 de 2018, José Fernando Reyes Cuartas; C-262 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-149 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-468 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-939 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

NNA gozarán de protección especial de las leyes y que a través de estas y otros medios se dispondrá lo necesario para que puedan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad. Paralelamente, dicho principio contempla que los Estados, al promulgar leyes con este fin, deberán atender de manera especial al *interés superior del menor*. En segundo lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que en el artículo 24 establece que todo niño o niña tiene derecho, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. En tercer lugar, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969, que, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, establece en el artículo 19 que los niños y niñas tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, cuyo texto entero tiene el fin de proteger de manera integral y completa la dignidad humana fundamental de la infancia, así como su protección y desarrollo.

Vale resaltar que, aparte del amplio catálogo de garantías que establece a favor de los menores de edad, la Convención sobre los Derechos del Niño indica que los Estados parte del Convenio, a través de las entidades públicas o aquellas privadas que presten servicios de esta naturaleza, tienen la obligación de atender prioritariamente en sus labores o asuntos (sean estos legislativos, administrativos o judiciales) los derechos de los NNA. Particularmente, el artículo 3.1. indica que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”.

Con base en lo anterior, en la Observación General No. 5, el Comité de los Derechos del Niño, órgano encargado de supervisar la aplicación del Convenio sobre los Derechos del Niño, sostuvo que el principio del interés superior del menor:

“exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativas, administrativas y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”¹⁸.

En el ámbito jurídico local, del mismo modo, se encuentran estipuladas normas, principios y reglas a favor de las personas menores de 18 años, siendo la Ley 1098 de 2006, o Código de

¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No.5, CRC/GC/2003/5, párr. 12.

la Infancia y la Adolescencia, la más preeminente¹⁹. En concreto, esta ley establece que las normas relativas a los NNA dispuesta en el Código, como en la Constitución Política y en los tratados e instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia (especialmente el Convenio sobre los Derechos del Niño), son de orden público, de carácter irrenunciable y preferentes frente a otras leyes²⁰.

Con respecto al interés superior del menor, el artículo 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que por este se entiende “(...) *el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*”. En consecuencia, y en concordancia con lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 9 del Código señala que “[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”.

Así entonces, en vista de las normas que garantizan el interés superior del menor en el ordenamiento jurídico colombiano y de la exigencia de adoptar políticas y medidas que tengan en cuenta la especial condición de los NNA en el ámbito de decisión del gobierno, el parlamento y la judicatura, este expediente de tutela cumple el criterio relativo a la necesidad de materializar un enfoque diferencial.

Frente al criterio subjetivo **urgencia de proteger un derecho fundamental**, la selección de este caso permitiría a la Corte garantizar el amparo de las garantías constitucionales de los NNA cuando se ven expuestos a publicidad engañosa, especialmente de productos con alto contenido en azúcar, grasa o sodio.

En este caso, la urgencia de proteger los derechos de los menores se deriva del hecho de que, si bien el entonces director del INVIMA, Javier Guzmán Cruz, informó a través de sus redes sociales el 1° de octubre del presente año que dicha entidad impuso medida sanitaria contra Postobón el 14 de septiembre²¹, consistente en la suspensión total de los servicios de

¹⁹ De acuerdo con el artículo 2° de la Ley 1098 de 2006, el Código de la Infancia y la Adolescencia tiene por objeto: “(...) *establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado*”.

²⁰ Artículo 5°, Ley 1098 de 2006: “*Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes*”. De igual forma, el artículo 6° esta ley indica que “*Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente*”.

²¹ Sobre la decisión del INVIMA, visitar el siguiente enlace: <https://twitter.com/JavierHGuzmanC/status/1046847483249381377>

publicidad en páginas web, radial y televisiva sobre dos materiales publicitarios relacionados con los productos *Hit*²², tales actuaciones no garantizan que Postobón deje de reproducir mensajes publicitarios engañosos sobre este producto a través de dichos medios en desmedro de los derechos de los NNA.

De hecho, desde el 18 de septiembre hasta el 8 de octubre del año pasado, Postobón logró que RCN Televisión S.A. -que forma parte de su mismo grupo empresarial- y Caracol Televisión S.A. pautaran una versión casi idéntica a uno de los mensajes publicitarios sancionados por el INVIMA²³. Es decir, incluso después de impuesta la medida sanitaria por el INVIMA, Postobón continuó con prácticas publicitarias engañosas en detrimento de las garantías constitucionales de los NNA y en contravía de lo sancionado por dicha autoridad administrativa.

La siguiente tabla muestra la frecuencia de emisión de la pauta en cuestión el pasado 8 de octubre:

Canal	Fecha	Programa	Producto	Referencia	Dur
Canal Caracol	20181008	DIA A DIA II	HIT JUGOS	20SEGV1	20
Canal RCN	20181008	NOTICIAS RCN 12:30 PM	HIT JUGOS	20SEGV1	20
Canal RCN	20181008	DIOMEDES CACIQUE DE LA JUNTA	HIT JUGOS	20SEGV1	20
Canal RCN	20181008	LA ROSA DE GUADALUPE	HIT JUGOS	20SEGV1	20
Canal Caracol	20181008	TU VOZ ESTEREO	HIT JUGOS	20SEGV1	20
Canal RCN	20181008	NOTICIAS RCN 7:00 PM	HIT JUGOS	20SEGV1	20
Canal RCN	20181008	MAS LEJOS MAS CERCA	HIT JUGOS	20SEGV1	20
Canal Caracol	20181008	LA REINA DEL FLOW	HIT JUGOS	20SEGV1	20
Canal RCN	20181008	LA LEY DEL CORAZON 2	HIT JUGOS	20SEGV1	20
Canal RCN	20181008	LA ESQUINA DEL DIABLO	HIT JUGOS	20SEGV1	20

Así pues, la ausencia de respuesta por parte de la SIC en el trámite de las quejas elevadas por Red Papaz ha propiciado que Postobón, a través de mensajes publicitarios en televisión, siga relacionando bebidas ultraprocesadas con alto contenido de azúcar²⁴ como “naturalmente

²² Adjuntamos respuesta del INVIMA a Red Papaz sobre medida sanitaria en contra el producto *Hit* de Postobón por publicidad engañosa sobre su contenido, de fecha de 28 de septiembre de 2018.

²³ Adjuntamos CD en donde se referencian tres vídeos sobre el producto *Hit* de Postobón y una tabla en Excel que muestra su frecuencia de emisión en distintos canales nacional de agosto a octubre de 2018. El vídeo referenciado como 20SEGV1, tal como se mencionó, es casi igual al vídeo referenciado como REF-30, y ha seguido pautándose en los canales de Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A después de impuesta la medida sanitaria por el INVIMA.

²⁴ Tal como sostiene Red Papaz en el punto 6.2 de la acción de tutela del presente proceso: “(...) *la bebida <<Hit>> en sus sabores de frutas tropicales, mango mora y naranja contiene exceso de azúcar, toda vez que supera diez (10) veces el nivel recomendado por la OPS. Por lo tanto, no es dable afirmar que la bebida sea ideal para NNA. Adicionalmente, la cantidad efectiva de fruta del producto es muy reducida, en el caso de*

increíbles” y generando falsas impresiones respecto de la verdadera naturaleza y composición del producto, tal como resaltó el INVIMA al momento de imponer la medida sanitaria. Además, dicho actuar demuestra la falta de coordinación entre las entidades con competencia en la protección del consumidor (entre las cuales se destaca el INVIMA, la SIC y la Autoridad Nacional de Televisión o ANTV, esta última por ser encargada del tema publicitario en los medios televisivos) al momento de hacer efectivas las medidas impuestas por publicidad engañosa, pues, tal como se expuso, la sanción del INVIMA no se ha cumplido.

Vale resaltar que, el 11 de octubre de 2018, Red Papaz presentó una petición contra RCN Televisión S.A y Caracol Televisión S.A ante la Junta Nacional de Televisión, órgano de la ANTV encargado del seguimiento y vigilancia del material publicitado en los espacios televisivos, por permitir la transmisión de los comerciales que fueron objeto de sanción por parte del INVIMA²⁵.

Esta situación demuestra entonces la urgencia de tomar medidas efectivas para que los derechos de los NNA como consumidores no sigan siendo vulnerados por la conducta dilatoria de las entidades competentes en la sanción de la publicidad engañosa, lo cual además requiere aplicar un enfoque diferencial con el fin de atender la especial condición de protección hacia los menores de edad.

2.3 Criterio complementario: examen de pronunciamientos de organismo internacionales de derechos humanos sobre el derecho a salud y a la alimentación saludable de NNA

Para agregar, este caso cumple con el criterio complementario **examen de pronunciamientos de instancias internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la salud y a la alimentación saludable de NNA**. En primer lugar, vale mencionar que instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos del Niño señala que los NNA gozarán de protección especial de las leyes y que a través de estas y otros medios se dispondrá lo necesario para que puedan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad. También, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 24, establece que todo niño o niña tiene derecho, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

<<Hit>> de naranja es de un por ciento (1%), en el caso del <<Hit>> de mora es de ocho por ciento (8%), en el de frutas tropicales de nueve por ciento (9%), por lo que resulta engañoso denominarlo <<jugo>>”.

²⁵ Adjuntamos petición de Red Papaz contra RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A. ante la Autoridad Nacional de Televisión, para que se inicien acciones de vigilancia por la difusión de publicidad engañosa y se abran procedimientos administrativos sancionatorios por el incumplimiento de una medida sanitaria, de fecha de 11 de octubre de 2018.

Por otro lado, con respecto a la protección en su calidad de consumidores, el Comité sobre Derechos del Niño, que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha recalcado el deber de los Estados de protección a la niñez y la adolescencia contra la publicidad agresiva y engañosa, de manera especial, de aquellos alimentos y bebidas cuyo consumo habitual se ha vinculado de manera directa a la obesidad infantil, que a su vez está relacionada con enfermedades crónicas, muertes prematuras y/o muchos años de costosa atención médica. A través de la Observación General No. 15, “sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud”, el Comité sostuvo que los Estados deben limitar *“la exposición de los niños a la “comida rápida” de alto contenido en grasas, azúcar o sal, que es muy energética pero carece de suficientes micronutrientes, y a bebidas de alto contenido en cafeína u otras sustancias de posibles efectos nocivos”*.

En el caso de la publicidad de bebidas y alimentos no saludables dirigida a NNA, el Comité también se ha pronunciado de manera puntual. En la Observación General No. 16, “sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño”, el Comité sobre Derechos del Niño sostuvo expresamente que debido a que “[l]os niños pueden considerar que el contenido de los anuncios publicitarios transmitidos por los medios de comunicación es veraz e imparcial y, por consiguiente, pueden consumir y utilizar productos que son dañinos (...). [l]os Estados deben velar porque la mercadotecnia y la publicidad no afecten negativamente a los derechos del niño y adoptar normas adecuadas y alentar a las empresas a que se adhieran a los códigos de conducta, etiqueten de manera clara y precisa los productos e informen a los padres y los niños de manera que puedan tomar decisiones bien fundadas como consumidores”. De igual manera, hizo un llamado especial a las empresas privadas a “(...) limitar la publicidad de los alimentos energéticos con bajo contenido en micronutrientes” dirigida a NNA.

Es por esto que la selección del presente caso le permite a la Corte Constitucional sentar un precedente jurisprudencial con base en los pronunciamientos de instancias internacionales de derechos humanos sobre la protección de los derechos de los NNA en las relaciones de consumo y frente a la publicidad, engañosa o no, de alimentos y bebidas poco saludables.

3. Solicitud

Por las razones expuestas, les solicitamos a los honorables magistrados que seleccionen este expediente de tutela para su revisión.

Notificaciones: se puede notificar a los ciudadanos firmantes en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), en la calle 35 No. 24-31 (Bogotá, Colombia), y a los correos electrónicos mbarragan@dejusticia.org, dguarnizo@dejusticia.org y jdmedina@dejusticia.org

Cordialmente,

Diana Rodríguez Franco

Diana Guarnizo Peralta

Mariluz Barragán González

Ana María Narváez Olaya

Jesús David Medina Carreño

Anexos:

- Respuesta del INVIMA a Red Papaz sobre medida sanitaria en contra el producto *Hit* de Postobón por publicidad engañosa sobre su contenido, de fecha de 28 de septiembre de 2018.
- Petición de Red Papaz contra RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A. ante la Autoridad Nacional de Televisión, para que se inicien acciones de vigilancia por la difusión de publicidad engañosa y se abran procedimientos administrativos sancionatorios por el incumplimiento de una medida sanitaria, de fecha de 11 de octubre de 2018.
- CD que contiene tres vídeos sobre el producto *Hit* de Postobón y una tabla en Excel que muestra su frecuencia de emisión en distintos canales nacionales.