

Bogotá, D. C., 6 de marzo de 2019

Magistrada Ponente
Cristina Pardo Schlesinger
Corte Constitucional
Calle 12 No. 7 – 65
Palacio de Justicia
E. S. D.

Ref.: Intervención ciudadana presentada por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) en el proceso de acción de tutela interpuesta 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.

Expediente: T-6971907

Vivian Newman Pont, Diana Rodríguez Franco, Mauricio Albarracín Caballero, Diana Guarnizo Peralta, Ana María Narváez y Gabriela Eslava Bejarano, directora, subdirectora e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia –, mayores de edad, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, con fundamento en el numeral 1 del artículo 242 de la Constitución Política y en el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991, respetuosamente nos permitimos intervenir en el proceso de la referencia.

Dejusticia es un centro de investigación socio-jurídica dedicado a la promoción de los derechos humanos, a la garantía del interés público y al fortalecimiento del Estado de Derecho. A lo largo de más de 15 años hemos realizado acciones de investigación, litigio e incidencia en distintos temas, incluyendo asuntos relacionados con la protección de los derechos fundamentales. Una de las áreas de trabajo de Dejusticia es la línea de Estado de Derecho en la que realizamos investigaciones sobre la implementación de los estándares nacionales e internacionales en materia de libertad de expresión, con un enfoque especial en Latinoamérica. Asimismo, en la línea de Justicia Económica de Dejusticia trabajamos por el reconocimiento legal y la efectiva implementación del derecho a la alimentación saludable y la seguridad alimentaria.

El asunto que se debate, relativo a la vulneración del derecho a informar sobre el contenido de los productos ultraprocesados que se ofrecen en el mercado y sus efectos sobre la salud de niños y niñas, es un asunto de claro interés público relacionado con el objeto de trabajo de la organización que representamos, razón por la cual tenemos un interés legítimo en intervenir en este proceso.

Esta intervención ciudadana se dividirá en cinco partes. En la primera parte, presentaremos una breve descripción de los hechos, de los argumentos de la acción de tutela y de la decisión de primera y segunda instancia. En la segunda parte, como cuestión previa analizaremos el contenido del mensaje informativo de la Corporación colombiana de padres y madres (en adelante Red PaPaz) con el objetivo de demostrar su naturaleza y que por sus características dista de ser una pieza publicitaria, además demostraremos que se trata de un mensaje que debe ser especialmente protegido por dos razones: trata sobre un asunto de interés público como es la alimentación de niños, niñas y adolescentes y su salud y está dirigido justamente a esta población que es sujeto de especial protección constitucional. En esta sección, además, presentaremos una caracterización de

la obesidad infantil en Colombia y su relación con la publicidad que reciben los menores sobre productos ultraprocesados. En la tercera parte, presentaremos un análisis constitucional del caso. Demostraremos que el Consorcio de Canales Nacionales Privados (en adelante CCNP) vulnera tanto el derecho a informar de Red PaPaz en la medida en que incurrió en una serie de actos que configuraron censura previa indirecta sobre el mismo. Asimismo, demostraremos que el CCNP vulneró el derecho de los niños y las niñas a recibir información y que tal vulneración se da frente a un discurso minoritario sobre un asunto de interés público (alimentación equilibrada y la información disponible para los consumidores menores de edad respecto de productos ultraprocesados), que afecta a sujetos de especial protección constitucional. Por último, en la cuarta parte, presentaremos las solicitudes frente al caso bajo revisión.

1. Síntesis de los hechos, de los argumentos y de las instancias

Red PaPaz a través de su directora ejecutiva y representante legal, Carolina Piñeros, interpuso una acción de tutela contra Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., entidades que conforman el CCNP. El objetivo de la acción de tutela era lograr la protección de la libertad de información, el derecho a la igualdad y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a recibir la información necesaria para tomar decisiones de consumo que les permitan proteger su derecho a la alimentación equilibrada, a la salud y a la vida. Asimismo, Red PaPaz solicitó la vinculación de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) en la actuación judicial.

En 2014, Red PaPaz creó la estrategia denominada “Kit Red PaPaz de alimentación sana”, una herramienta para que madres, padres y cuidadores/as tomen decisiones informadas a la hora de comer y se promueva una cultura de autocuidado y alimentación saludable desde etapas tempranas de la vida. Dicha estrategia hace parte del trabajo por la promoción de entornos saludables en niños, niñas y adolescentes que Red PaPaz ha promocionado desde la Mesa de Vida Sana desde el 2005. En el marco de su trabajo por la alimentación saludable, Red PaPaz impulsó en el año 2017 una petición denominada “Abramos la lonchera” con la que procuraba manifestar la preocupación de los padres respecto de la publicidad de comestibles dirigida a niños, niñas y adolescentes, señalar las diferencias entre la calidad que presenta la publicidad de productos dirigidos a niños, niñas y adolescentes y a lo que realmente corresponden dichos productos de acuerdo con la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

Como parte de esas acciones, Red PaPaz lanzó un mensaje de interés público denominado “No comas más mentiras” con el que busca “informar sobre los riesgos que tiene sobre la salud el consumo habitual de productos ultraprocesados, en particular de aquellos altos en azúcar, sodio y grasas”¹. El 24 de abril de 2018 Red PaPaz solicitó al CCNP la emisión de un código para emitir el mensaje informativo en los espacios de televisión concesionados por el Estado a Caracol Televisión S.A. y a RCN Televisión S.A., con la debida consignación que se exige para la difusión de contenidos pagados en esos espacios televisivos.

Frente a la solicitud de Red PaPaz, el CCNP incurrió en una serie de actuaciones² que generaron la dilación de la toma de decisión sobre la transmisión del mensaje informativo. Para el momento

¹ Acción de tutela interpuesta por Red PaPaz contra el Consorcio Canales Nacionales Privados. Hecho 6.

² Dichas acciones se enlistan a continuación en el orden en el que fueron presentadas por Red PaPaz en la acción de tutela de la referencia:

en el que Red PaPaz radicó la acción de tutela de la referencia, el mensaje informativo continuaba siendo analizado por Caracol Televisión S.A. y por RCN Televisión S.A., razón por la cual Red PaPaz afirma que las acciones del CCNP constituyen censura previa de su mensaje informativo.

El 5 de junio de 2018, el Juzgado 15 Administrativo del Circuito de Bogotá amparó el derecho a la información en conexidad con los derechos de la niñez y ordenó a RCN y Caracol que en el término de 48 horas transmitieran el mensaje informativo de Red PaPaz. Asimismo, señaló que “los canales demandados al realizar el requerimiento del 8 de mayo de 2018 a Red PaPaz con el fin de que aportara unos documentos, se encuentran realizando un control previo sobre el contenido de la información, imponiendo requisitos que no están señalados en la ley”³. El 8 de junio de 2018 el CCNP impugnó la sentencia proferida por el juez de primera instancia señalando que dicha sentencia los obliga a transmitir un contenido en contra de su voluntad. Asimismo, el CCNP argumentó que la finalidad del mensaje a transmitir era influir en las decisiones de consumo con lo que se volvía un mensaje publicitario. El CCNP defendió su solicitud de información a Red PaPaz señalando que no se trataba de censura previa, sino que, por el contrario, el objetivo de la solicitud de información era verificar que no se estuviera ante un caso de publicidad engañosa. El 18 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección tercera, subsección C, confirmó el fallo de primera instancia. El 13 de noviembre de 2018 la acción de tutela fue seleccionada por la Corte Constitucional y repartida al despacho de la Magistrada Cristina Pardo.

2. Cuestión previa: análisis del mensaje de Red PaPaz

En esta sección presentaremos el mensaje emitido por Red PaPaz en el marco de su campaña “¡No comas más mentiras!”. Esto con el objetivo de contextualizar el asunto objeto de debate. Para eso, dividiremos el análisis del mensaje en tres partes. Primero, haremos una descripción breve del emisor del mensaje y de la campaña que lo enmarca. Segundo, presentaremos la transcripción del

a. Aunque según Red PaPaz el proceso de emisión de un código para pautar no tarda más de 24 horas “[...] el CCNP advirtió que no emitiría el código mientras que los contenidos no fueran vistos y evaluados por el equipo correspondiente”.

b. Tras tardar dos días en un proceso de evaluación del mensaje informativo de Red Red PaPaz, el CCNP “advirtió que el video no reunía las características técnicas requeridas, dado que parecía pixelado en las esquinas” y así se lo comunicó el CCNP a Pezeta Publicidad S.A.S. En respuesta a dichas observaciones, Red Red PaPaz hizo los ajustes solicitados.

c. “El 30 de abril de 2018, el CCNP negó el código aludiendo que la comunicación de solicitud no estaba correctamente dirigida a ésta” pues estaba dirigida a los representantes legales de Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. y no a la directora jurídica del CCNP. En respuesta, Red Red PaPaz ajustó la comunicación y la envió nuevamente al CCNP.

d. Por medio de comunicación telefónica, el día 3 de mayo de 2018, la directora jurídica del CCNP le informó a la directora ejecutiva de Red Red PaPaz “que no podían emitir el código para pautar el mensaje, porque su contenido era polémico y podía generar prevención y rechazo de los anunciantes de productos comestibles ultraprocesados. Por esta razón prefería que se tratara el tema con los representantes legales de Caracol Televisión S.A. y de RCN Televisión S.A. para determinar en qué manera se podía ajustar el contenido del mensaje informativo de manera que no comportara tal resistencia de los anunciantes de estos productos”.

Frente a tal situación, Red PaPaz ofreció al CCNP suscribir un acuerdo para exonerar de responsabilidad y brindar indemnidad al CCNP frente a cualquier reclamo o demanda que se llegara a formular como resultado de la transmisión del mensaje informativo”.

³ Referencia a la sentencia de primera instancia hecha por la sentencia de segunda instancia.

mensaje. Tercero, presentaremos un análisis del mensaje a partir de los elementos que contiene, sus emisores, su contexto y el público al que está destinado.

2.1. Descripción del emisor

La Corporación colombiana de Padres y Madres, Red PaPaz, según la información que ellos mismos dan en su página web es una corporación sin ánimo de lucro “que nace en el 2003 con el propósito de abogar por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, y fortalecer las capacidades de los adultos y actores sociales para garantizar su efectivo cumplimiento”⁴. Entre las siete líneas temáticas en las que trabaja con enfoque en la niñez y adolescencia se encuentra el de “Estilos de vida para el bienestar”. Señala que entre sus programas y estrategias se encuentra una denominada “¡No comas más mentiras!”, cuyo propósito principal es advertir sobre la necesidad de evitar la exposición de niñas, niños y adolescentes a la publicidad de productos ultraprocesados altos en azúcar, sodio y grasas saturadas como paso para disminuir los índices crecientes de sobrepeso y obesidad. Su objetivo es “que estos productos tengan información clara, visible y veraz en el frente del empaque”⁵.

Al entrar a la página web de la campaña “¡No comas más mentiras!”, el primer anuncio que aparece dice: “No dejemos que la falta de información nos siga enfermando. Exijamos estos sellos” junto con tres sellos que dicen “alto en azúcar”, “alto en sodio”, “alto en grasas saturadas”. En dicha página se tiene acceso a información diversa sobre patrones de alimentación:

“75% del total de muertes fueron resultados de las Enfermedades Crónicas No Transmisibles (ECNT), en el año 2016.

Los patrones de alimentación no saludables son:

- El segundo factor de riesgo vinculado a mortalidad.
- El cuarto factor de riesgo asociado a enfermedad

1 de cada 4 niñas y niños entre 5 y 12 años tienen sobrepeso u obesidad.

4 de cada 10 adultos sufre de hipertensión.

56.4% de los adultos tienen exceso de peso.

2.7 M de personas padecen diabetes”⁶

Como lo describe la misma organización en los hechos presentados en la acción de tutela, Red PaPaz comenzó a liderar en 2005 la Mesa de Vida Sana, cuyo principal propósito es la promoción de entornos saludables para niños, niñas y adolescentes y es en el marco de esa labor que se enmarca su mensaje que pretende informar sobre los efectos en la salud derivados del consumo de productos ultraprocesados.

2.2. Transcripción del mensaje de Red PaPaz

⁴ Red de Padres y Madres PaPaz. Documento *¿Qué es Red PaPaz?* Disponible en:

<https://www.redpapaz.org/category/sobre-red-papaz/documento-de-informacion-basica/>

⁵ Documento con información básica de Red PaPaz. Disponible en: <https://www.redpapaz.org/wp-content/uploads/2019/01/queesredpapaz.pdf>

⁶ Red PaPaz. No comas más mentiras. Disponible en: <https://www.nocomasmentiras.org/>

El video de Red PaPaz se titula “¡No comas más mentiras!”, tiene una duración total de 30 segundos. Presentaremos su transcripción en un cuadro pues en el video no solo está la voz de un narrador, sino que aparecen fuentes de información en la pantalla que corresponden a algunas de las afirmaciones que se hacen. En la columna de la izquierda presentamos la transcripción del mensaje informativo y en la columna de la derecha la descripción del contenido presentado en video y las fuentes que son citas en la pantalla.

Guión del narrador	Descripción de la imagen / Transcripción de la fuente citada
00:00 – 00:04 <i>Uno de cada cuatro niños en Colombia en edad escolar tiene obesidad o sobrepeso</i>	Aparecen dos niños sentados en una sala viendo televisión. En la parte inferior de la pantalla se lee: “Niñas y niños entre 5 y 12 años” (ENSIN, 2015).
00:05 – 00:08 <i>Esto incrementa el riesgo de enfermedades graves en la edad adulta</i>	En la parte inferior de la pantalla se lee: Organización Mundial de la Salud (OMS, 2016).
00:09 – 00:18 <i>Basta. Exijamos restricciones a la publicidad de comida chatarra, e información clara, visible y veraz en frente de los empaques</i>	Aparecen las siguientes preguntas escritas en la pantalla: ¿Alto en azúcar? ¿Alto en grasas saturadas? ¿Alto en azúcar?
00:19 – 00:22 <i>No comas más mentiras ni se las des a tus hijos</i>	Se lee en la parte inferior de la pantalla: “Productos simulados. No disponibles en el mercado”
00:23 – 00:26 <i>Una iniciativa de Red PaPaz</i>	Se lee en la pantalla: “Saquemos la publicidad de comida chatarra de su mundo” Para efectos de esta campaña se entiende comida chatarra como productos ultraprocesados altos en azúcar, grasas saturadas o sodio, según criterio de la OPS 2016.
00:27 – 00:30 <i>Infórmate en no comas más mentiras punto org</i>	Aparece en la pantalla el logo de Red PaPaz. Se lee bajo el logo: “Infórmate en: www.nocomasmentiras.org ”

2.3. Análisis del mensaje producido por Red PaPaz

En esta sección demostraremos que el mensaje producido por Red PaPaz, por sus características, debe ser clasificado como un mensaje informativo y no como publicidad pues cumple con los requisitos de veracidad e imparcialidad que se exige a la información. Adicionalmente, señalaremos por qué el mensaje de Red PaPaz debe recibir protección reforzada en nuestro ordenamiento jurídico, pues se trata de un mensaje sobre un asunto de interés público, cuyo público principal está compuesto por niños, niñas y adolescentes, sujetos de especial protección constitucional.

a. El mensaje de Red PaPaz es informativo y no es publicidad

El mensaje transmitido por Red PaPaz, titulado “¡No comas más mentiras!”, presenta un contenido meramente informativo, producido por una entidad sin ánimo de lucro, cuyo principal objetivo es advertir a niños, niñas y adolescentes sobre los riesgos en su salud derivados del consumo de productos ultraprocesados, concretamente aquellos que son altos en azúcar, sodio y grasas saturadas, denominados comúnmente “comida chatarra”. Como es posible observar en la transcripción del mensaje, éste contiene dos afirmaciones: (1) *Uno de cada cuatro niños en Colombia en edad escolar tiene obesidad o sobrepeso*, (2) *Esto incrementa el riesgo de enfermedades graves en la edad adulta*, y a estas afirmaciones sigue una invitación a la acción y una invitación a informarse más. Nos referiremos primero a las afirmaciones, luego a la invitación a la acción y por último a la invitación a informarse.

Respecto de las afirmaciones, las analizaremos a la luz de los criterios de veracidad e imparcialidad. Primero recordaremos brevemente el concepto que ha desarrollado la Corte Constitucional respecto de ambos criterios. Sobre la libertad de información, la Corte ha señalado que ésta supone “la expresión de ideas con asidero fáctico y objetivo”⁷, es decir, se comunica información bien sea en forma de datos o situaciones que tienen un sustento empírico. La Corte ha dicho que la libertad de informar genera una mayor carga para quien la ejerce en la medida en que la expresión de hechos debe estar basada en datos verificables. En esa medida, la Corte ha establecido que la información se debe caracterizar por ser veraz e imparcial.

Sobre el principio de veracidad, la Corte ha dicho que éste “supone que los enunciados fácticos puedan ser verificados razonablemente, es decir, no exige que la información publicada sea irrefutablemente cierta, sino un deber de diligencia razonable del emisor. De ese modo, el juez constitucional deberá verificar si: (i) se realizó un esfuerzo por constatar y contrastar las fuentes consultadas, (ii) se actuó sin ánimo expreso de presentar como ciertos hechos falsos y (iii) se obró sin la intención directa y maliciosa de perjudicar el derecho al honor, a la intimidad y al buen nombre de otras personas”⁸. Además, establece la Corte que el principio de veracidad es desconocido cuando la información que se presenta se sustenta en rumores, invenciones o en malas intenciones o cuando a pesar de ser cierta, es presentada de una forma que hace incurrir en error al destinatario.

En el caso que nos ocupa, Red PaPaz cumplió con un deber de diligencia razonable en la medida en que presentó el sustento de las afirmaciones que hizo, basado en su esfuerzo por constatar dichas afirmaciones, información que se encuentra en estudios e informes que han sido objeto de revisión científica. Así, la primera información que transmite el mensaje de Red PaPaz, es decir, que “Uno de cada cuatro niños en Colombia en edad escolar tiene obesidad o sobrepeso”⁹, no se sustenta en rumores ni en invenciones sino como el mismo mensaje lo señala en la parte inferior, es información contenida en la Encuesta Nacional de Situación Nutricional de Colombia (ENSIN). Por su parte, la segunda afirmación del mensaje, según la cual la obesidad y el sobrepeso

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. En esa ocasión la Corte se refirió a la definición de información para diferenciarla de las opiniones frente a una acción de tutela interpuesta por el Alcalde de Bogotá contra un concejal en la que solicitaba la protección de su derecho al buen nombre, solicitud que le fue negada por no encontrarse acreditada tal vulneración.

⁸ *Ibíd*

⁹ Mensaje informativo de Red PaPaz. Minutos 00:00 a 00:04. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=uBHkpGgJbEI>

“incrementa el riesgo de enfermedades graves en la edad adulta”¹⁰, no es un hecho falso, inventado o transmitido con mala intención, sino que es una consecuencia que ha sido alertada por la Organización Mundial de la Salud como aparece en la pantalla tan pronto como el narrador hace tal afirmación. Los documentos de soporte de ambas afirmaciones se encuentran en la página web de la campaña de Red PaPaz que aparece anunciada al final del mensaje informativo¹¹.

Se verifica entonces que el mensaje de Red PaPaz no solo es resultado de un actuar diligente por parte de la organización en la medida en que presenta hechos y su debido sustento¹², sino que, además, es posible constatar las fuentes y estas fueron previamente contrastadas¹³. En esa medida, Red PaPaz no presenta como ciertos hechos que sean falsos ni actúa con la intención de perjudicar el buen nombre de nadie. Por el contrario, Red PaPaz informa sobre una situación que por la falta de información se ha vuelto cotidiana en nuestra sociedad, como es la obesidad y el sobrepeso en niños y niñas y, además, presenta causas comprobadas por organismos internacionales. El destinatario de este mensaje no incurrirá entonces en error y es posible concluir que se trata de un mensaje veraz.

Ahora, en cuanto a la imparcialidad, cabe recordar que la Corte Constitucional ha dicho que este principio “envuelve una dimensión interpretativa de los hechos, la cual incluye elementos valorativos y está a mitad de camino entre el hecho y la opinión”¹⁴. Al respecto ha dicho la Corte que la Constitución de 1991 no incluye una pretensión de imparcialidad absoluta, sino que se trata de “establecer distancia entre la noticia objetiva y la crítica personal”¹⁵, respetando el derecho que tiene el público de formar su opinión de manera libre y no recibir versiones unilaterales y pre-valoradas de los hechos que le impida deliberar y tomar sus propias decisiones. En el caso del mensaje de Red PaPaz las afirmaciones distintas a la presentación de datos no tienen una innegable carga de subjetividad, sino que se fundamentan en la presentación de hechos constatables. Las dos afirmaciones siguientes a los hechos antes analizados, es decir, (1) *Exijamos restricciones a la publicidad de comida chatarra, e información clara, visible y veraz en frente de los empaques* y (2) *No comas más mentiras ni se las des a tus hijos*, no responden a una opinión personal de Red PaPaz, sino que se trata de lo que la Corte ha llamado “la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos, funcionarios, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo”¹⁶. En definitiva, se trata de dos llamados

¹⁰ Mensaje informativo de Red PaPaz. Minutos: 00:05 a 00:08. Disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=uBHkpGgJbEI>

¹¹ <https://www.nocomasmentiras.org/el-problema/>

¹² En la página web de la campaña “¡No comas más mentiras!” la organización presenta como sus referencias:”

a. Reporte de OMS sobre Colombia y las ECNT, b. Cifras de diabetes de la IDF, c. Encuesta Nacional de Situación Nutricional, d. Estudio aumento de prevalencia de obesidad en Colombia”. Asimismo, sugiere como fuentes de más información las siguientes: Global, regional and national prevalence of overweight and obesity in children and adults during 1980-2013: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2013); Estudio aumento de prevalencia de obesidad en Colombia (Obesity prevalence in Colombian adults is increasing fastest in lower socio-economic status groups and urban residents: results from two nationally representative surveys) (2013); Worldwide trends in body-mass index, underweight, overweight, and obesity from 1975 to 2016: a pooled analysis of 2416 population-based measurement studies in 128.9 million children, adolescents, and adults.

¹³ Las fuentes que cita la página Web incluyen informes de investigaciones científicas publicadas en journals internacionales con revisión de pares y no se evidencia a primera vista conflicto de intereses por parte de los autores de dichas fuentes o informes.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

a la acción que se basan en hechos comprobables y que buscan que el receptor se entere de la información a la que puede tener acceso sobre los productos ultraprocesados disponibles en el mercado.

Si nos detenemos a analizar el contenido de las dos afirmaciones que se presentan en la segunda mitad del mensaje informativo de Red PaPaz es posible sostener que corresponden a un llamado a la acción por parte de la sociedad civil, el cual tiene tanto sustento fáctico como legal. Concretamente, la afirmación hecha entre los minutos 00:09 y 00:18 del mensaje informativo de Red PaPaz que dice: “exijamos restricciones a la publicidad de comida chatarra, e información clara, visible y veraz en frente de los empaques” no es una opinión subjetiva de Red PaPaz. Es una afirmación que hace una valoración informada de los hechos, que encuentra sustento en el llamado a la acción que han hecho autoridades en el tema de la alimentación equilibrada y la salud como son la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud y UNICEF. La OMS, en el año 2010, hizo un llamado a la ciudadanía y a los tomadores de decisión en su documento "*Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños*"¹⁷. En el año 2011, la OPS por medio del documento "*Recomendaciones de la consulta de expertos de la Organización Panamericana de la Salud sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños en la Región de las Américas*"¹⁸ expuso los argumentos de salud pública para motivar a los gobiernos a adoptar medidas sobre la información que recibe la población infantil a través de la promoción y publicidad de alimentos y bebidas. En el mismo sentido, en el año 2013, UNICEF publicó el documento "*Estudio exploratorio sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no saludables dirigida a niños en América Latina y el Caribe*"¹⁹.

Las valoraciones contenidas desde el minuto 00:09 a 00:30 del mensaje informativo de Red PaPaz además materializan el contenido del parágrafo 2 del artículo 44 de la Constitución, según el cual es una obligación de la sociedad asistir y proteger a los niños y las niñas para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y que cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de esa obligación. En el caso del mensaje informativo de Red PaPaz, el llamado a exigir restricciones a la publicidad de comida chatarra, así como información clara, visible y veraz en los empaques se fundamenta en la obligación que la Constitución establece en cabeza de la sociedad en aras de proteger a los niños y las niñas. Red PaPaz, como organización de la sociedad civil lo que hace es llamar a los otros dos actores que tienen la obligación de proteger a los niños y las niñas a que lo hagan, es decir, al Estado y a la familia.

Entonces, el fragmento del mensaje informativo de Red PaPaz que dice “Exijamos restricciones a la publicidad de comida chatarra e información clara, visible y veraz en frente de los empaques. No comas más mentiras ni se las des a tus hijos” no es un mensaje subjetivo y se encuentra en un punto medio entre los hechos (contenidos en el mensaje informativo entre los minutos 00:01 y 00:08) y lo que sería una opinión subjetiva. Se trata más bien de una interpretación o valoración

¹⁷ Organización Mundial de la Salud (2010). *Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños*. Ginebra.

¹⁸ Organización Panamericana de la Salud (2011). *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 las Américas*. Washington D. C.

¹⁹ UNICEF (2013). *Estudio exploratorio sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no saludables dirigida a niños en América Latina y el Caribe*. Honduras.

informada de los hechos que lleva a una invitación a la acción y a la exigencia del cumplimiento de la obligación constitucional contenida en el artículo 44 superior de proteger a los niños y las niñas.

En el caso que nos ocupa, Red PaPaz presenta información obtenida de la ENSIN y la OMS²⁰, que el ciudadano común no conoce y a partir de esa información lo invita a que pida información clara, visible y veraz en los empaques de los productos que le ofrecen en el mercado para saber qué contienen y poder escoger libremente sobre su alimentación y no solo como respuesta al producto más y mejor publicitado. Asimismo, a primera vista no se observa un conflicto de interés por parte de Red PaPaz en la emisión de este mensaje. De acuerdo con lo mencionado anteriormente el interés supremo de la organización es velar por el interés superior de los menores y no se observa dentro de su composición o financiación (de acuerdo a la información encontrada en su página web) relaciones con la industria de alimentos o bebidas que hagan dudar de la imparcialidad de su mensaje. En consecuencia, es posible afirmar que el mensaje de Red PaPaz también cumple con el principio de imparcialidad. Es un mensaje que presenta información sobre los productos ultraprocesados y que, además, hace una interpretación informada de esta, invitando al espectador a decidir críticamente sobre su alimentación.

b. El mensaje de Red PaPaz no es un mensaje publicitario

Una vez se ha verificado que el mensaje de Red PaPaz es veraz e imparcial y por lo tanto es un mensaje informativo, nos detendremos a explicar por qué este mensaje, por sus características, no puede ser clasificado como un mensaje publicitario. De acuerdo con el Estatuto del Consumidor, publicidad es “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”²¹. Al respecto, cabe recordar que la Corte Constitucional ha señalado que “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, razón suficiente para que la publicidad y la propaganda comercial estén sometidas a la regulación de la ‘Constitución económica’, lo que supone mayor control”²².

Adicionalmente, cabe recordar que en la sentencia C-830 de 2010, en la que la Corte decidió la exequibilidad de algunos artículos de la Ley 1335 de 2009, relativos a la prohibición de la promoción de productos de tabaco en medios de comunicación dirigidos al público en general, advirtió sobre las diferencias de los estándares a aplicar a un contenido de publicidad comercial frente a uno informativo. En este sentido, la Corte indicó que la “publicidad comercial no recibe la misma protección constitucional que otros contenidos amparados por la libertad de expresión, por lo cual la ley puede intervenir más intensamente en la propaganda”²³.

La Corte ha señalado que el fundamento del estándar de protección diferenciado que se aplica al contenido comercial y al contenido informativo se encuentra en el objetivo del mensaje. Así, la propaganda comercial cuyo objetivo es facilitar una transacción económica no tiene el mismo

²⁰ Organización Mundial de la Salud (2018). *Non communicable diseases (NCD) Country profiles, 2018*. Disponible en: https://www.who.int/nmh/countries/col_en.pdf

²¹ Ley 1480 de 2011. Artículo 5. Definiciones.

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

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

grado de protección que una manifestación de información cuyo objetivo sea “alentar la participación y deliberación democráticas”²⁴. Por esto, la jurisprudencia ha señalado que es posible que las limitaciones a la publicidad o propaganda comercial sean más intensas pues hay normas que autorizan la intervención estatal en la economía y en la información de mercado, mientras que las limitaciones a los mensajes informativos deberán cumplir con estándares constitucionales más altos en la medida en que su objetivo es la deliberación democrática.

En el caso concreto, la posible influencia que ejerza el mensaje de Red PaPaz en las decisiones de consumo no responde a un interés comercial. En esto el contexto es relevante pues Red PaPaz es una entidad sin ánimo de lucro que encuentra entre sus objetivos el de informar a madres y padres para que sus hijos e hijas, así como a niños y niñas para que tengan una alimentación saludable y se evite llegar a condiciones de obesidad y sobrepeso, y es en esa medida en que presenta unos hechos que interpreta críticamente. No se trata entonces de un mensaje que se haga en el ejercicio de la promoción económica de un producto o conducta o en beneficio económico. El mensaje no busca dirigir las opciones de preferencia de sujetos especialmente protegidos como los niños y las niñas sino que hace énfasis en la necesidad de establecer un etiquetado claro, visible y veraz, pues, en la medida en que los consumidores tengan información sobre los productos que están en el mercado podrán ejercer como ciudadanos activos conscientes de la importancia del autocuidado y la alimentación saludable pues tendrán la posibilidad de conocer los efectos en su salud de los productos comestibles ultraprocesados, altos en azúcar, grasas o sodio, y decidir libremente consumirlos o no. Es decir, Red PaPaz aboga para que los consumidores y en especial los niños, las niñas y los adolescentes, así como sus padres, tengan a disposición toda la información sobre los productos comestibles disponibles en el mercado y no solamente la información que hacen visible quienes los producen. En conclusión, el mensaje de Red PaPaz es un mensaje informativo, protegido por el derecho a informar y a recibir información y no es un mensaje publicitario que busque promover transacciones comerciales o lucrarse por la disminución en la venta de un producto.

c. El mensaje de Red PaPaz trata un asunto de interés público, dirigido a sujetos de especial protección constitucional y por lo tanto se encuentra especialmente protegido

Una vez hemos determinado que el mensaje de Red PaPaz dista de ser publicitario y se enmarca en la definición de información, en esta sección explicaremos por qué el mensaje de Red PaPaz trata, además, sobre un asunto de interés público y en consecuencia merece especial protección constitucional. Para esto es necesario tener en cuenta como mínimo el contexto en el que se pretendía emitir el mensaje, el contenido del mismo y los receptores a los que pretendía llegar.

El mensaje informativo de Red PaPaz trata de un tema que se encuentra protegido desde la misma Constitución Política, en su artículo 44: la alimentación equilibrada de niños y niñas y el correspondiente deber de cuidado que recae no solamente en su familia sino también en la sociedad y el Estado. Como veremos más adelante, proteger un mensaje que procura la alimentación saludable y equilibrada de sujetos de especial protección constitucional como son los niños, niñas y adolescentes no solo es una garantía para los emisores del mensaje en la medida en que se defiende su libertad de informar sino que también lo es para los receptores en la medida en que se garantiza su derecho a recibir información.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

El mensaje informativo producido por Red PaPaz materializa un interés público, real, serio y actual cuya finalidad es informar sobre un asunto sobre el que poco se habla en el debate público: la alimentación saludable y la influencia de la publicidad de comestibles ultraprocesados en los niños, niñas y adolescentes, tema que profundizaremos en esta sección. Es preciso recordar que la Corte Constitucional ha reconocido que algunos discursos merecen especial protección constitucional. Así lo establece la Corte Constitucional en la sentencia T-391 de 2007 en la que analizó la acción de tutela interpuesta por RCN en contra del Consejo de Estado por considerar que una sentencia promovida dentro de un proceso de acción popular, interpuesta por la Fundación “Un sueño por Colombia” vulneraba sus derechos fundamentales. La acción popular estaba dirigida contra el programa “El Mañanero” transmitido en la emisora “La Mega” pues la Fundación consideraba que éste vulneraba la moral pública, las buenas costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad y los derechos de la comunidad y usuarios de radio en Colombia. En su análisis del caso, la Corte recordó que hay modos de expresión especialmente protegidos “por constituir una precondition del ejercicio de otros derechos fundamentales en ámbitos concretos, o por recibir protección constitucional expresa”. En esa ocasión la Corte identificó por lo menos ocho modos especialmente protegidos: “(a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la objeción de conciencia, (d) el discurso religioso, (e) **el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana,** y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social”²⁵(subrayado fuera de texto).

El mensaje informativo de Red PaPaz puede ser entendido como un discurso investigativo, en la medida en que provee información sobre la realidad de la obesidad y sobrepeso infantil en Colombia, su relación con la falta de información clara y suficiente en los empaques de los productos ultraprocesados y sus consecuencias en la salud de niños, niñas y adolescentes, con base en información contenida en la ENSIN y los informes de la OMS. Además, el mensaje informativo de Red PaPaz se realizó en el curso de una manifestación pública y pacífica como es su campaña en internet denominada “¡No comas más mentiras!” cuyo principal propósito, como mencionamos al inicio de esta intervención es promover un proceso de concienciación sobre el contenido de los productos ultraprocesados y sus efectos en la salud. Además, la emisión de este mensaje también pretendía motivar a los legisladores a tomar posición favorable sobre el proyecto de ley referente al etiquetado nutricional (019/17 y 256/18) que estaba cursando su segundo debate en Plenaria de Cámara de Representantes.

Se trata, además, de un discurso cívico o de participación ciudadana en la medida en que es una corporación de padres y madres que está intentando participar activamente en la promoción de la alimentación saludable de niños, niñas y adolescentes y que adoptan una posición informada y crítica respecto de los alimentos a los que más fácilmente tiene acceso esta población. Esta corporación está ejerciendo la defensa de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Dicha defensa se materializa en la acción concreta de Red PaPaz de informar tanto a niños, niñas

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

y adolescentes como a la sociedad en general sobre la obesidad y el sobrepeso de los menores de edad en Colombia, su relación con enfermedades graves en la vida adulta y un llamado a la acción.

Las expresiones contenidas en el mensaje informativo de Red PaPaz contribuyen al debate democrático abierto sobre asuntos de interés público que reciben especial protección constitucional frente a cualquier tipo de interferencia²⁶ por ser parte del discurso cívico o de participación ciudadana. Como lo señalamos en la intervención que presentamos en segunda instancia en el caso que nos ocupa es necesario recordar que la Corte Constitucional ha señalado que cuando se trata de discursos sobre 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”²⁷. Es tan importante la protección que la Corte Constitucional ha establecido que cualquier intento de restricción previa o posterior, de estas modalidades de expresión, en principio, constituye censura.

Entonces, la principal consecuencia que se deriva del amparo de todas las expresiones bajo el derecho a la libertad de expresión es que “[...] la libertad de expresión protege no solo las ideas, **informaciones** o expresiones que son recibidas con beneplácito, favorablemente o con indiferencia, sino también aquellas que ofenden, chocan, disgustan, inquietan, resultan ingratas o perturban, sea al Estado y a quienes lo representan, o a un determinado grupo de la población”²⁸. Es decir, que una de las funciones del derecho a informar y a recibir información es hacer posible el funcionamiento y consolidación de la democracia en una sociedad. Esto implica que los ciudadanos tienen derecho “a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad”²⁹.

Es importante, además, recordar quiénes se esperaba que fueran los principales espectadores del mensaje informativo de Red PaPaz. Como se señaló anteriormente, dicho mensaje se enmarca en una campaña denominada “¡No comas más mentiras!”, cuyo principal objetivo es ampliar la información disponible en el debate público relacionada con los hábitos de consumo de los ciudadanos en beneficio de la salud de los consumidores, especialmente aquellos que, como los niños, las niñas y los adolescentes, se encuentran en una etapa de construcción de hábitos, la mayoría de los cuales los acompañaran a lo largo de su vida.

Este es un asunto que ha sido reconocido relevante tanto para el Estado como para la sociedad, establecido desde la misma Constitución Política. El artículo 44 de la Constitución establece que uno de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes es el derecho a la alimentación equilibrada, que se relaciona a su vez con el derecho a recibir cuidado y educación. Como deber correlativo, ese mismo artículo establece que tanto la sociedad como el Estado deben “proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus

²⁶Corte 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.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁸ Botero Marino, C.; Guzmán Duque, F.; Jaramillo Otoyá, S.; Gómez Upegui, S. *El derecho a la libertad de expresión*. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/El-derecho-a-la-libertad-de-expresi%C3%B3n-PDF-FINAL-Julio-2017-1-1.pdf> pp. 59.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

derechos”, dicha protección incluye entonces la alimentación equilibrada de los menores. Cabe resaltar que se trata de una disposición constitucional que establece expresamente el principio del interés superior del menor de acuerdo al cual los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. En este sentido, cuando la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha interpretado el artículo 44 constitucional ha concluido que “en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la **preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor**”³⁰(resaltado fuera de texto).

Así lo reitera la Convención sobre los Derechos del Niño que establece en su artículo 3 que una consideración primordial que debe tenerse en cuenta en todas las medidas concernientes a los niños es el interés superior del niño. Asimismo, los deberes del Estado incluyen la garantía de la protección y cuidado de los niños que sean necesarios para su bienestar, así como prestar asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño³¹.

Frente a estos deberes, cabe recordar que desde hace tres décadas, la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la evidencia científica³² han alertado a los Estados sobre el rápido incremento de la epidemia obesogénica en las poblaciones. El sobrepeso y la obesidad son factores de riesgo de enfermedades crónicas no transmisibles como diabetes, cáncer, osteoartritis, cardiopatías, y accidentes cerebrovasculares, entre otras³³. La obesidad infantil, específicamente, se encuentra relacionada con una mayor probabilidad de muerte prematura, discapacidad, y, por ende, muchos años de atención médica. Según la OMS³⁴ y la OPS³⁵, la causalidad de la obesidad infantil estaría directamente relacionada con la publicidad de productos industrializados altos en azúcar, sodio y/o grasas saturadas, mejor conocidos como productos ultraprocesados.

A continuación, relacionaremos cuál es el contexto del sobrepeso y la obesidad en Colombia, la relación entre publicidad de productos alimenticios malsanos y la obesidad infantil y por qué los infantes son vulnerables ante la publicidad y mercadeo de estos. Esto con el fin de reiterar que el mensaje informativo de Red PaPaz es un asunto de interés público que pretende llevar información a un sector de la sociedad especialmente vulnerable.

En el 2016, la OMS resaltó que “la obesidad es uno de los problemas sanitarios más graves de principios del siglo XXI, debido al rápido aumento de su prevalencia y las graves consecuencias

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³² Popkin, B. (1993). “Nutritional Patterns and Transitions.” *Population and Development Review*, vol.19, no. 1, 1993, pp. 138-157.

³³ Organización Mundial de la Salud (2018). *Obesidad y sobrepeso – Nota descriptiva*. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight>

³⁴ Organización Mundial de la Salud (2010). *Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños*. Ginebra.

³⁵ Organización Panamericana de la Salud (2011). *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 las Américas*. Washington D. C.

que conlleva para la salud”³⁶. También señaló que, a nivel mundial, alrededor de 170 millones de menores de dieciocho años, sufren de sobrepeso u obesidad. En el caso concreto de Colombia, en la última década la epidemia obesogénica infantil ha ido incrementando de manera acelerada. Según la Encuesta Nacional de Situación Nutricional (ENSIN), en Colombia el 51,2% de la población adulta padece sobrepeso u obesidad. Por otro lado, la prevalencia de sobrepeso infantil incrementó de 18,8% en 2010 a 24,4% en 2015. Lo que quiere decir que mientras en el año 2010 uno de cada seis niños entre los cinco y los doce años presentaban exceso de peso, en el 2015 aumentó a uno de cada cuatro niños.

La obesidad infantil guarda una estrecha relación con la publicidad de productos ultraprocesados y es precisamente en ese contexto en que mensajes informativos como el de Red PaPaz cobran mayor importancia. Al respecto, en el año 2010, la OMS publicó un conjunto de recomendaciones a los Estados³⁷ sobre la promoción de alimentos y bebidas dirigida a los niños. Según estas recomendaciones, la publicidad y otras formas de mercadotecnia de alimentos y bebidas ultraprocesados, alcanza a los infantes de todo el mundo, distorsionando sus calidades y efectos reales, e induciéndolos a adquirir hábitos alimenticios no saludables, aumentando así la probabilidad de que desarrollen desde muy temprana edad enfermedades de alto costo.

Las bebidas azucaradas, las papas fritas en paquete, los *nuggets*, entre otros, son productos ultraprocesados³⁸. De acuerdo con el Modelo de Perfil de Nutrientes de la OPS, los productos ultraprocesados “se distinguen de los productos procesados por la presencia de otras sustancias extraídas de alimentos que no tienen ningún uso culinario común (por ejemplo caseína, suero de leche, hidrolizado de proteína y proteínas aisladas de soja y otros alimentos), de sustancias sintetizadas constituyentes de alimentos (por ejemplo, aceites hidrogenados o interesterificados, almidones modificados y otras sustancias que no están presentes naturalmente en alimentos) y de aditivos para modificar el sabor, el gusto o la textura del producto final”³⁹. La OPS y la OMS advierten que “la mayoría de estos productos contienen pocos alimentos enteros o ninguno”⁴⁰ en tanto “la gran mayoría de los ingredientes en la mayor parte de los productos ultraprocesados son aditivos”⁴¹. Aseguran además que tienen una calidad nutricional muy mala en tanto “[s]on característicamente grasosos, salados o azucarados, y bajos en fibra alimentaria, proteínas, diversos micronutrientes y otros compuestos bioactivos”⁴², lo cual implica que tienen un alto contenido

³⁶ Organización Mundial de la Salud (2016). *Establecimiento de áreas de acción prioritaria para la prevención de la obesidad infantil*. Disponible en: <https://www.who.int/dietphysicalactivity/childhood/tools/es/>

³⁷ Organización Mundial de la Salud (2010). *Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños*. Ginebra: OMS.

³⁸ Organización Panamericana de la Salud (2016). *Modelo de perfil de nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud*. Washington, D.C.: OPS, 2016. Disponible en: http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/18622/9789275318737_spa.pdf.

³⁹ Organización Panamericana de la Salud. (2016). *Modelo de perfil de nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud*. Washington, D.C.: OPS, 2016. Disponible en: http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/18622/9789275318737_spa.pdf.

⁴⁰ Organización Panamericana de la Salud. (2015) *Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre la obesidad e implicaciones para las políticas públicas*. Washington, D.C.: OPS, 2015. Disponible en: http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/7698/9789275318645_esp.pdf

⁴¹ Organización Panamericana de la Salud (2015). *Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre la obesidad e implicaciones para las políticas públicas*. Washington, D.C.: OPS, 2015. Disponible en: http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/7698/9789275318645_esp.pdf

⁴² Organización Panamericana de la Salud (2015). *Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre la obesidad e implicaciones para las políticas públicas*. Washington, D.C.: OPS, 2015. Disponible en: http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/7698/9789275318645_esp.pdf

calórico y un valor nutricional deficiente. Son estos los productos sobre los que reciben mensajes los niños y las niñas, mensajes que lejos de ser informativos tienen un objetivo puramente comercial: captar su atención e inducir al consumo.

Frente a esta situación, en el año 2014, Anand Grover, relator especial sobre el derecho a la salud de Naciones Unidas, presentó un informe ante el Consejo de Derechos Humanos en el que sugería que “la industria de alimentos tiene la responsabilidad de abstenerse de publicitar productos no saludables a niños y niñas”⁴³. Grover también manifestó, como se ha dicho desde hace más de treinta años⁴⁴, que los métodos modernos de promoción y comercialización de productos ultraprocesados están estrechamente vinculados con hábitos y bases dietarias poco saludables, lo cual representa una amenaza al goce del derecho a la salud pues acentúan el patrón epidemiológico de enfermedad y morbilidad de las sociedades actuales. Si bien a la fecha la legislación colombiana no restringe la publicidad agresiva de productos ultraprocesados, la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor sí reconoce que hay un desequilibrio entre el productor y los consumidores. En el marco jurídico nacional, la Constitución Política de Colombia en su artículo 20 establece que el derecho a la información es un derecho fundamental, y que el recibir información veraz e imparcial es uno de sus componentes esenciales. En el caso de relaciones de consumo, la Constitución también reconoce que existe una relación asimétrica, donde hay una parte fuerte y una parte débil. Por lo tanto, tanto la Constitución⁴⁵, como la jurisprudencia⁴⁶ y la ley⁴⁷, han buscado corregir dicho desequilibrio y garantizar el derecho fundamental que tienen los consumidores a tener acceso a información suficiente en las relaciones de consumo.

En los últimos años, la evidencia científica ha tratado de resolver por qué las industrias publicitan productos ultraprocesados a población infantil y qué tácticas usan. Para Marion Nestle⁴⁸, profesora en nutrición y estudios alimentarios de la Universidad de Nueva York, los niños son clientes muy atractivos para las industrias de alimentos y bebidas. Los infantes aún no diferencian la publicidad y el mercadeo de la información que es fundamental para el desarrollo de su vida. Si al niño se le dice que bebiendo tal producto será un campeón o aprenderá más en el colegio, él creará que es así y va a querer consumir ese producto. Además, al ser los niños y las niñas sus principales consumidores, las marcas incrementan la posibilidad de que otros niños y niñas a su alrededor quieran el mismo producto. Lo anterior sin contar con el poder que tienen los infantes para influir en las decisiones de consumo de su familia, incrementando así la potencialidad de rentabilidad económica de las marcas, potencialidad que disminuye en los productos dirigidos a adultos. En este contexto, el mensaje informativo de Red PaPaz hace las veces de contrapeso frente a los mensajes que a diario reciben los niños y las niñas y que median en sus decisiones de consumo.

Mediante un estudio de los efectos de la publicidad en el comportamiento alimenticio de los menores, Boyland y Halford evidenciaron que la frecuente exposición de los niños, niñas y

⁴³ Grover, Anand. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental - Los alimentos poco saludables, las enfermedades no transmisibles y el derecho a la salud. A/HRC/26/31.1 de Abril del 2014.

⁴⁴ Popkin, B. Nutritional Patterns and Transitions. En: Population and Development Review, Vol. 19 N° 1 (1993), 138–157. Figueroa Pedraza, Dixis. Obesity and poverty: conceptual references for its analysis in Latin America. En: Saúde E Sociedade, Vol. 18, N° 1 (2009), 103–117.

⁴⁵ Constitución Política de Colombia (1991). Artículos 20 y 78.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-543 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera; Sentencia C-432 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto; Sentencia C-333 y C-1141 del 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁷ Ley 1480 de 2011. “Por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y otras disposiciones”.

⁴⁸ Nestlé, M. *Soda Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 133.

adolescentes a publicidad de productos ultraprocesados, causa aumentos significativos en la ingesta de estos, y una mayor preferencia por alimentos altos en carbohidratos y altos en grasas que por alimentos saludables⁴⁹. En adición, resaltaron que estos productos son promocionados de manera recurrente a través de técnicas de persuasión, tales como, temáticas divertidas, promoción de juguetes de colección o apelando al uso de personajes reconocidos por el público infantil (deportistas, actores, cantantes, entre otros). En esta misma línea, una investigación conducida por Hastings et al.⁵⁰, evidenció que muchas veces la publicidad de productos ultraprocesados dirigida a infantes está viciada de elementos de información falsos que distorsionan a nivel general su comprensión sobre qué es una dieta saludable y en qué consiste el autocuidado de la salud. Bajo estas prácticas comunes, se esconde el valor nutricional real de los productos ultraprocesados y el impacto que genera su consumo habitual en la salud de los NNA.

Los niños son sujetos vulnerables ante el mercadeo y la publicidad. Conforme a la evidencia, este grupo poblacional es más susceptible a la publicidad (directa e indirecta) y resulta más fácil de persuadir a la hora de vender un producto. La habilidad cognitiva para entender el intento de venta de un producto o servicio se alcanza en la niñez, mientras que “la habilidad cognitiva para entender el intento de persuasión (es decir, de utilizar técnicas de promoción para aumentar el deseo de adquirir algo)” se desarrolla mucho después debido, en parte, a la inocencia de los menores⁵¹.

Los niños, niñas y adolescentes son tan susceptibles a la publicidad que a los dos años de edad ya son capaces de reconocer los logos de las marcas que vienen en paquetes de productos⁵² y a los cinco años ya recuerdan las marcas que vieron en televisión⁵³. Los infantes no logran discernir la calidad del alimento, sino que se guían por el marketing alimenticio. Por ejemplo, un estudio demostró que los infantes prefieren el sabor de alimentos y bebidas cuando estos se encuentran en un empaque de McDonald’s comparado con la misma comida presentada en un empaque neutro⁵⁴. Lo que demuestra que los niños, niñas y adolescentes son altamente influenciados a la intención del anunciante de que los espectadores adquieran un determinado producto⁵⁵.

En consecuencia, podemos concluir que los niños, niñas y adolescentes son sujetos vulnerables ante las prácticas de promoción y mercadeo de productos ultraprocesados, debido a que estas condicionan e influyen sus elecciones de alimentación y consumo. Los infantes no pueden distinguir fácilmente entre información real y publicidad. En ese sentido, los científicos sugieren que se prohíba la publicidad de productos que puedan resultar dañinos a la salud de los infantes,

⁴⁹ Boyland, E. & Halford, J. Television advertising and branding. Effects on eating behaviour and food preferences in children. En: *Appetite*, Vol. 62, (2013) 236–241. <http://doi.org/10.1016/j.appet.2012.01.032>

⁵⁰ Hastings, G.; Stead, M.; Mcdermott, L.; Forsyth, A.; Mackintosh, A.; Rayner, M.; Godfrey, C.; Caraher, M.; & Agnus, K. *Review of the Research on the Effects of Food Promotion to Children*. Glasgow: Centre for Social Marketing, 2003.

⁵¹ Rozo, V. *Sobrepeso y contrapesos: La autorregulación de la industria no es suficiente para proteger a los menores de edad*. Bogotá: Dejusticia, 2017.

⁵² Valkenburg, P.. Identifying determinants of Young children’s Brand awareness: Television, parents and peers. En: *App. Devel. Psychol.*, Vol. 26, N° 4 (2005), 456-468.

⁵³ Macklin, C. Preschoolers’ learning of brand names from visual cues. En: *Journal of Consumer Research*, Vol. 23, N° 3 (1996), 203-219.

⁵⁴ Robinson, T.; Matheson, D.; Borzekowski, D., y Kraemer, H. Effects of Fast Food Branding on Young Children’s Taste Preferences. En: *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, Vol. 161, N°8 (2007), 792-797.

⁵⁵ Carter, O.; Donovan, R.; Ewing, M.; Patterson, L, y Roberts, C. (2011). Children’s understanding of the selling versus persuasive intent of junk food advertising: Implications for regulation. En: *Social Sciences and Medicine*, Vol. 72, N° 6 (2011), 962-968.

como lo son los alimentos y bebidas malsanos. A la fecha 28 países⁵⁶ del mundo ya cuentan con medidas estrictas para restringir la publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes de productos comestibles y bebidas de alto contenido calórico y/o bajo valor nutricional.

A partir de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes frente a la publicidad de productos ultraprocesados, el mensaje informativo en defensa del derecho a su alimentación equilibrada es un mensaje de interés público. Como mensaje de interés público divulga información relativa a los impactos negativos en la salud del consumo habitual de productos ultraprocesados y exige a las autoridades públicas y privadas que tomen decisiones a favor del derecho a la salud de los menores en procura de la protección del interés superior del menor, principio que ha sido especialmente protegido en nuestro ordenamiento jurídico.

3. Análisis del caso concreto: El CCNP vulneró el derecho a informar de Red PaPaz y el derecho a recibir información de niños, niñas y adolescentes

Esta sección está dividida en tres partes. En la primera, demostramos que el CCNP vulneró el derecho a informar de Red PaPaz y se configuró un acto de censura previa indirecta. En esa sección también demostramos que el mensaje informativo de Red PaPaz que es cuestionado está protegido como un ejercicio del derecho a informar (art. 20, CP). En la segunda parte, explicamos por qué las acciones del CCNP además vulneran el derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir información sobre un asunto de interés público: la alimentación saludable y equilibrada (arts. 20 y 44, CP). En la tercera parte, explicamos por qué la orden dada por el juez de primera instancia al CCNP de transmitir el mensaje informativo de Red PaPaz no vulnera el derecho a la libertad de empresa de RCN Televisión S.A. ni de Caracol Televisión S.A.

3.1.El Consorcio de Canales Privados vulneró el derecho a informar de Red PaPaz y se configuró un acto de censura previa indirecta

En esta sección demostraremos que el CCNP vulneró el derecho a informar de Red PaPaz, a través de una serie de actos que procuraron dilatar la toma de la decisión sobre la emisión del mismo y que resultaron en la no emisión del mensaje informativo. Demostraremos que, aunque no exista un acto expreso según el cual se diga que no se transmitirá el mensaje de Red PaPaz, las actuaciones del CCNP encajan con la descripción que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han hecho de la censura previa indirecta. En esta sección, primero recordaremos el contenido del derecho a informar desarrollado por jurisprudencia constitucional, segundo, expondremos las características de los actos de censura previa indirecta y tercero, aplicaremos estos conceptos al caso concreto con el objetivo de demostrar que los actos del CCNP respecto del mensaje informativo de Red PaPaz configuran una situación de censura previa indirecta.

⁵⁶ Países que ya cuentan con medidas de regulación sobre publicidad de productos ultraprocesados dirigida a NNA: Región de las Américas (Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos, México y Perú); Región de Asia (Corea del Sur, Irán, Malasia, Tailandia, Taiwán y Turquía); Región Europea (La Unión Europea emitió una compromiso al respecto a nivel regional y a nivel nacional, Finlandia, Irlanda, Noruega, Reino Unido, Suecia, Letonia, Lituania, Suiza, España, Francia, Bélgica, Hungría, Portugal, Dinamarca y Polonia tienen legislación propia al respecto). Más información en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/file/d/1rQakDOuHRHbzBFYpSvkLC6c2d7Y2MUdL/view?usp=sharing>

Antes de presentar los argumentos concretos de esta sección, resaltaremos el ámbito de protección del derecho a informar y su relevancia en un sistema democrático. En este sentido, cabe recordar el contenido del artículo 20 de la Constitución Política, según el cual todas las personas tienen derecho a informar y a recibir información veraz e imparcial, los medios de comunicación tienen responsabilidad social y se prohíbe la censura.

Entonces, como consecuencia de la relevancia que se da en nuestra sociedad al libre proceso de comunicación y al flujo social de información, el derecho a informar cuenta con un estatus jurídico especial frente a la regulación estatal. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional al decir que este derecho es “un prerrequisito para evitar la atrofia o el control del pensamiento, y un presupuesto cardinal de las sociedades políticas abiertas, pluralistas y democráticas”⁵⁷. La relación entre el derecho a informar y el funcionamiento de la democracia es pertinente para interpretar el alcance de las acciones del CCNP con respecto al mensaje informativo de Red PaPaz y determinar si configuró censura previa indirecta. Esto, pues, el derecho a informar no solo es un presupuesto fundamental para la existencia de una democracia, sino que, además, el libre flujo de información permite una mayor transparencia en las decisiones que se toman.

3.1.1 Sobre actos de censura previa indirecta

En esta sección, recordaremos brevemente el desarrollo jurisprudencial respecto de las condiciones que la Corte Constitucional ha establecido que se deben cumplir para limitar la difusión de un mensaje. La jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara al determinar tres cargas que deben cumplir las autoridades que pretendan limitar el derecho a la información:

- (1) Carga definitoria, es decir, establecer claramente (a) la finalidad perseguida mediante la limitación del contenido a informar, (b) su fundamento legal, preciso, claro y taxativo y (c) establecer qué incidencia tiene el ejercicio del derecho a informar sobre el bien que se pretende proteger al limitarlo. El propósito de esta carga es evitar el subjetivismo de la autoridad que impone una limitación y en su lugar solo tendrán validez aquellas limitaciones que cumplan parámetros objetivos.
- (2) Carga argumentativa, que consiste en que la autoridad que pretende limitar un mensaje debe plasmar en el acto jurídico de limitación los argumentos para demostrar que las presunciones constitucionales que lo amparan no tienen cabida en el caso concreto y que se reúnen los requisitos para que la limitación sea constitucional.
- (3) Carga probatoria, es decir, que las autoridades que limiten un mensaje tienen el deber de asegurarse que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión “cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad. Por ejemplo, cuando se invoca como justificación para limitar la información la posible generación de impactos psicológicos o sociales nocivos, estos impactos han de estar sólidamente demostrados con evidencias científicas y técnicas que comprueben su objetividad y provean, así, un sustento a las decisiones que se adoptarán”⁵⁸.

La Corte Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia los elementos que deben comprobarse en cada caso concreto para verificar si se configura censura o si, por el contrario, se trata de una

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁸ *Ibíd.*

prohibición previa permitida constitucionalmente. La censura previa ocurre cuando se impone una medida de control preventivo en la que la emisión de un mensaje se sujeta a una autorización previa por parte de la autoridad. La Corte Constitucional caracterizó la censura previa en la sentencia T-010 de 2000 al referirse a las situaciones en las que “las autoridades se reservan el derecho a revisar anticipadamente los escritos, a fin de decidir si autorizan o no su publicación y difusión, por lo cual obligan a los particulares a remitir previamente los textos para obtener el correspondiente permiso”⁵⁹. La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en señalar que tanto la Constitución Política como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben esta forma de control previo.

Por el contrario, la prohibición previa de ciertos mensajes se presenta cuando una ley restringe de manera previa la difusión de un mensaje y establece sanciones para quienes infrinjan dicha prohibición, pero no somete las publicaciones a controles previos. Para entender la diferencia entre censura previa y la prohibición previa de ciertos mensajes con responsabilidad ulterior es necesario recordar que la prohibición de censura del artículo 20 deben entenderse a la luz de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta, según los cuales el contenido normativo se debe interpretar a partir de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia.

Son varios los instrumentos internacionales que han reconocido el derecho a informar como un elemento esencial para el funcionamiento adecuado de las democracias. Estos derechos han sido reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 19, en los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1 de la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO. En el ámbito interamericano hay por lo menos tres normas expresas referentes al derecho a la libertad de expresión: el artículo 43 de la Carta Democrática Interamericana⁶⁰, el IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶¹ y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de **buscar, recibir y difundir informaciones** e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (resaltado fuera de texto).

La Corte Constitucional ha invocado en varias ocasiones el artículo 13 de la Convención Americana para resaltar que “las limitaciones, basadas en la imposición de responsabilidades ulteriores por la violación de prohibiciones previas, no constituyen censura previa y se encuentran claramente autorizadas por la Convención Interamericana, siempre y cuando representen medidas

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-010 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁰ “Artículo 4 Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.”

⁶¹ “Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.”

necesarias para defender ciertos bienes constitucionales”⁶². La Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores deben cumplir con dos requisitos: estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás o la protección nacional, orden público, salud o moral públicas. La Corte Constitucional ha recordado que la Corte Interamericana “ha señalado que las restricciones fundadas en la imposición de sanciones ulteriores se ajustan a la Convención solo si las causales de responsabilidad están previamente establecidas en la ley, por medio de una ‘definición expresa y taxativa’”⁶³.

En este punto, cabe resaltar un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que se pronuncia sobre un caso similar. En el caso “La última tentación de Cristo” vs. Chile, la Corte IDH resolvió que impedir la proyección de la película “La última tentación de Cristo” constituyó un acto de censura previa que vulneró el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte IDH consideró que el derecho a la libertad de expresión comprende dos dimensiones que deben ser garantizadas de forma simultánea: la dimensión individual y la dimensión social. Sobre la segunda, señaló que: “[...] ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”⁶⁴(negrillas fuera de texto). Cuando ocurren actos de censura, en palabras de la CIDH, se constituye “una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”⁶⁵.

La censura no solo puede ocurrir de manera directa mediante la prohibición expresa de la transmisión o divulgación de un mensaje sino también de forma indirecta. En este sentido, la Convención Americana en su artículo 13.3 establece que otras formas de restricción se dan por vías o medios indirectos, como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, de aparatos usados para la difusión de información u otras formas de impedir la circulación de comunicación.

Sobre este artículo, la Corte Interamericana ha precisado que no es taxativo, por lo que pueden existir otras formas de restricciones indirectas y también que “pueden provenir de actos o controles particulares, sea o no que exista un aliento o permisividad estatal al respecto. Los controles impuestos por los particulares pueden ser económicos, o también pueden consistir en vías de hecho violentas ejercidas contra quienes se expresan profesionalmente [...]”⁶⁶. La censura previa indirecta a diferencia de la directa se configura a través de actos en apariencia menos radicales o abiertos pero igualmente efectivos en cuanto al cercenamiento del derecho a informar.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶³ Corte Interamericana. Opinión Consultiva No. 5. párrs 38 y 39. En: Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La última tentación de Cristo” vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

⁶⁵ CIDH, Informe de fondo núm. 90/05. Caso núm. 12.142, Alejandra Marcela Matus Acuña, Chile, 24 de octubre de 2005, párr. 35.

⁶⁶ Botero, C., et al. *El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas*. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/El-derecho-a-la-libertad-de-expresi%C3%B3n-PDF-FINAL-Julio-2017-1-1.pdf>

3.1.2 La dilación del proceso por parte del CCNP para lograr la emisión del mensaje de Red PaPaz configura censura previa indirecta sobre su mensaje informativo

Una vez se tiene el contexto de la censura previa indirecta, en esta sección describiremos por qué las acciones del CCNP configuran censura previa indirecta y segundo analizaremos por qué no cumplen con las cargas previstas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que harían constitucional la limitación al derecho a informar. Según los hechos descritos en la acción de tutela interpuesta por Red PaPaz, el CCNP incurrió en por lo menos cuatro acciones que generaron la dilación del proceso de toma de decisión sobre la emisión del mensaje informativo de Red PaPaz, a saber:

- (1) Según los hechos afirmados por Red PaPaz, de acuerdo con el hecho octavo de la acción de tutela, “CCNP advirtió que no emitiría el código mientras que los contenidos no fueran vistos y evaluados por el equipo correspondiente”
- (2) Según los hechos afirmados por Red PaPaz, de acuerdo con el hecho noveno “el CCNP advirtió que el video no reunía las características técnicas requeridas, dado que aparecía pixelado en las esquinas. Dicha comunicación fue hecha de manera telefónica al personal de Pezeta Publicidad S.A.S., quien para todos los efectos actúa como mandataria de Red PaPaz. Décimo. La anterior observación causó sorpresa, comoquiera que el mismo mensaje había sido aceptado por canales internacionales como Fox, Discovery Channel, History Channel, National Geographic, A&E, Cinecanal, Cinemax, FX, Home & Health y Canal Gourmet que exigen condiciones técnicas más rigurosas. No obstante, esta observación fue debidamente atendida, y se hicieron los ajustes solicitados”.
- (3) Según los hechos afirmados por Red PaPaz, de acuerdo con el hecho undécimo de la acción de tutela “el 30 de abril de 2018, el CCNP negó el código aludiendo que la comunicación de la solicitud no estaba correctamente dirigida a ésta. Las comunicaciones se dirigían a los representantes legales de Caracol Televisión S.A. y de RCN Televisión S.A., sin embargo, por indicación del CCNP debían dirigirse a la señora Tatiana Bolívar, directora jurídica del CCNP. Por este motivo, Red PaPaz ajustó la comunicación y la dirigió nuevamente al CCNP”.
- (4) Según los hechos afirmados por Red PaPaz, por último, según el hecho duodécimo, “el 3 de mayo la señora Tatiana Bolívar, directora jurídica del CCNP se comunicó telefónicamente con la suscrita directora ejecutiva de Red PaPaz, para informarle que no podían emitir el código para pautar el mensaje, porque su contenido era polémico y podía generar prevención y rechazo de los anunciantes de productos comestibles ultraprocesados. Por esta razón prefería que se tratara el tema con los representantes legales de Caracol Televisión S.A. y de RCN Televisión S.A. para determinar en qué manera se podía ajustar el contenido del mensaje informativo de manera que no comportara tal resistencia de los anunciantes de estos productos”.

Las cuatro acciones anteriores configuran censura previa indirecta en la medida en que si bien no hay un acto expreso en el que pueda leerse por qué no se permitió la transmisión del mensaje informativo de Red PaPaz, esta corporación afirmó en la acción de tutela sí hay una serie de acciones encaminadas a dilatar el proceso de toma de decisión sobre la emisión del mensaje informativo. De acuerdo con los hechos presentados por Red PaPaz, el CCNP recurrió a excusas de forma, como decir que un comité necesitaba tiempo para decidir, que el mensaje estaba pixelado

o que la solicitud de código no estaba dirigida correctamente, así mismo acudió a comunicaciones no oficiales en las que no quedó registro oficial de su posición como son las llamadas telefónicas en las que aseguraron que el contenido del mensaje informativo era polémico y podía generar prevención y rechazo.

Las cuatro acciones antes mencionadas no cumplen con ninguna de las cargas establecidas por la Corte Constitucional para permitir que se limite el derecho a informar. En primer lugar, las acciones de censura previa indirecta del CCNP no cumplen con la carga definitoria porque no establecen claramente cuál es la finalidad perseguida mediante la limitación del derecho a informar de Red PaPaz. Solo después de pedir modificaciones de forma a Red PaPaz, como lo afirman los hechos de la acción de tutela, mediante comunicación telefónica, la señora Tatiana Bolívar expresó que no se transmitiría el mensaje porque su contenido era considerado polémico y podía generar prevención y rechazo por parte de los anunciantes de productos ultraprocesados. De acuerdo con los hechos presentados por Red PaPaz, la directora jurídica no sustentó dicha afirmación en fundamento legal preciso, claro y taxativo ni estableció qué incidencia tiene el ejercicio del derecho a informar de Red PaPaz sobre el bien que se pretende proteger al limitarlo, cual parece ser la libertad económica de los anunciantes de productos ultraprocesados sobre quienes el mensaje de Red PaPaz podría generar prevención y rechazo. El CCNP no cumplió con la carga definitoria y por el contrario censuró el mensaje de Red PaPaz con base en el subjetivismo.

Respecto de la carga argumentativa, de acuerdo con los hechos presentados en la acción de tutela por Red PaPaz, no hay un acto jurídico ni un documento oficial en el que el CCNP argumente que se reunían los requisitos para que la limitación al mensaje informativo de Red PaPaz fuera considerada constitucional y que no tenía cabida el amparo del derecho a informar en el caso concreto. Por último, respecto de la carga probatoria, de acuerdo con los hechos presentados en la acción de tutela por Red PaPaz, la decisión de limitar el derecho a informar de Red PaPaz no se soporta en elementos fácticos, técnicos o científicos basados en evidencia que dé suficiente certeza sobre su veracidad. El CCNP invocó como justificación de la no transmisión del mensaje la prevención y rechazo que éste podría generar sobre los anunciantes de productos ultraprocesados, no solo se trata de un fin ilegítimo pues el derecho a informar no solo protege mensajes que son bien recibidos por toda la población sino también mensajes que pueden resultar incómodos para ciertos sectores.

Adicionalmente, reiteramos nuestro argumento presentado mediante intervención ante el juez de segunda instancia en el caso que nos ocupa, respecto del artículo 30 del Estatuto del Consumidor. Esto, pues, el CCNP fundamentó la censura previa en el supuesto ejercicio de dicho artículo, argumentando que actuando de manera diligente y para no incurrir en una responsabilidad por publicidad engañosa aplicaban el mandato del artículo 30 del Estatuto del Consumidor. El artículo 30 del 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. Es decir, que este artículo es aplicable únicamente para los contenidos que entran en la categoría de publicidad y no para todo tipo de contenido que pretenda ser transmitido en los medios de comunicación. Como demostramos anteriormente, el mensaje de Red PaPaz no corresponde a la definición de publicidad, sino que se trata de un mensaje informativo, protegido por el artículo 20 de la Constitución.

En consecuencia, el artículo 30 del Estatuto del Consumidor no es aplicable al caso que nos ocupa y no es fundamento para que los medios de comunicación hagan control de fondo del contenido de los mensajes cuya divulgación se solicita. Cabe recordar, además, que la sentencia C-592 de 2012 aclaró que el artículo 30 mencionado no impone una responsabilidad solidaria objetiva en cabeza de los medios de comunicación y del anunciante. Los medios únicamente responderán cuando 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 responsables⁶⁷. Con esto se demuestra, además, que el control que exige el artículo 30 es un control posterior a la emisión de la publicidad. Si fuera anterior a la emisión, llevaría necesariamente a la censura e inoperabilidad del sistema pues solo aquellos mensajes que se revisen y aprueben como exentos de dolo o culpa grave podrían ser emitidos. Como lo señalamos en la intervención de segunda instancia, 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. Entonces, 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.

De acuerdo con los hechos contenidos en la acción de tutela, el trámite de emisión del código para la pauta del mensaje de Red PaPaz demoró tres semanas aproximadamente y negaron su divulgación hasta tanto Red PaPaz no enviara soporte científico de qué alimentos como cereales, jugos, bebidas azucaradas y papas fritas están clasificados como “comida chatarra”, pues a juicio del CCNP tal denominación es un trato descalificativo y peyorativo de productos cuya comercialización no está restringida.

No correspondía, entonces, a los canales accionados el sometimiento de la divulgación del mensaje de Red PaPaz al escrutinio sobre su contenido si su fin era prevenir la responsabilidad de la que habla el artículo 30 del Estatuto del Consumidor. Como señalamos en nuestra intervención de segunda instancia los condicionamientos del CCNP al mensaje de Red PaPaz no responden al cumplimiento de un deber de debida diligencia. Adicional a los hechos antes mencionados, la solicitud de información sobre el concepto de “comida chatarra” fue realizada por el CCNP tres semanas después de la solicitud de emisión del código, tiempo que excede las 48 horas que habitualmente les toma la entrega del código, como fue afirmado por Red PaPaz en los hechos de la acción de tutela. Además, no tuvo en cuenta el CCNP la información que Red PaPaz publicó en la página web de su campaña, referente a la evidencia que sustenta la información contenida en su mensaje⁶⁸.

De acuerdo a la contestación a la acción de tutela presentada por el CCNP, este afirma 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. Entonces, bajo un argumento de aparente diligencia lo que pretendían los dos canales de televisión parece estar más dirigido a la manutención de la pauta y de sus clientes comerciales mayoritarios y no a la protección de consumidores, que es en últimas el objetivo principal del Estatuto del Consumidor. Reiteramos,

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁶⁸ Red PaPaz. No comas más mentiras. Disponible en: <https://www.nocomasmentiras.org/>

entonces, lo dicho en nuestra intervención de segunda instancia, en el sentido de que las acciones de 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. Contrario a la diligencia que alegan, sus actuaciones resultaron en una dilación del proceso y no se encuentran respaldadas ni por el artículo 30 del Estatuto del Consumidor ni por la Constitución Política. En consecuencia, es posible afirmar que el CCNP incurrió en actos que configuraron censura previa indirecta al mensaje informativo de Red PaPaz.

3.2.El Consorcio Canales Nacionales Privados vulneró el derecho a recibir información de niños, niñas y adolescentes que son sujetos de especial protección constitucional

Como lo demostramos anteriormente en la sección dedicada al análisis del mensaje de Red PaPaz, éste estaba dirigido principalmente a niños, niñas y adolescentes, que han sido considerados por la jurisprudencia constitucional como sujetos de especial protección constitucional. Teniendo en cuenta la calidad de los receptores del mensaje, en esta sección demostraremos que el CCNP vulneró el derecho a recibir información de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional. Para eso, primero, recordaremos el contenido del derecho a recibir información y segundo, aplicaremos estos conceptos al caso concreto.

En el caso que nos ocupa, el derecho a recibir información funge como un derecho instrumental para el ejercicio de los derechos a la salud y a la alimentación de niños, niñas y adolescentes. La vulneración del derecho a recibir información sobre los efectos y riesgos del consumo de alimentos ultraprocesados se da en un contexto en el que la ciudadanía y particularmente los niños, niñas y adolescentes se encuentran en una situación de desventaja sobre los mensajes que reciben sobre asuntos de interés público relacionados con su alimentación. Mientras que la promoción y publicidad de productos ultraprocesados en los canales de televisión, medios que concentran el mayor porcentaje de audiencia en Colombia, hace parte de la parrilla diaria, mientras que mensajes informativos sobre los efectos en la salud del consumo de dichos alimentos son casi nulos.

El artículo 20 de la Constitución Política no solo establece la dimensión individual del derecho a informar como el derecho de toda persona a informar sino que también desde una dimensión colectiva como el derecho a “recibir información veraz e imparcial”⁶⁹. Cabe recordar que la Corte Constitucional ha desarrollado el contenido del derecho a recibir información en relación con los consumidores.

Así, en la sentencia C-583 de 2015, la Corte Constitucional se pronunció sobre el derecho a la información de los consumidores de productos genéticamente modificados y estableció que el derecho de acceso a la información cumple varias funciones esenciales en el ordenamiento jurídico colombiano, entre las que se encuentra garantizar a los consumidores el derecho a la “información relevante sobre los productos alimenticios que consumen, dándole sentido al núcleo esencial de su derecho a la información”⁷⁰. Asimismo, en esa ocasión la Corte destacó la importancia de proteger el derecho de los consumidores a recibir información en el sentido de que “habilita a los consumidores a elegir de una manera libre los productos alimenticios que deseen consumir,

⁶⁹ Constitución Política. Artículo 20.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-583 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

conforme a su propia orientación de vida, respetando así el núcleo esencial del derecho a elegir, que compete al consumidor y que está ligado claramente a la expresión de su libre desarrollo de la personalidad”⁷¹. Pero garantizar el derecho de los consumidores a recibir información no solo es importante en la medida en que es una garantía también al libre desarrollo de su personalidad, esta protección también “garantiza la protección y prevención en materia de salud, al admitir los riesgos presuntos o eventuales ligados con aspectos del desarrollo de estos productos que son desconocidos hasta el momento por la sociedad, sobre la base del principio de precaución, (iv) cumple con una función instrumental, al facilitar el seguimiento a estos productos por parte de las autoridades correspondientes y (v) finalmente, el derecho a acceder a esta información garantiza la transparencia de la información [...]”⁷². En este sentido, la protección al derecho a la información en relación con el contenido de los productos es necesaria para la toma de decisiones de consumo libres y transparentes y es parte de la esencia de los derechos de los consumidores⁷³.

En materia de consumo, el derecho a la información es relevante en la medida en que permite el pluralismo, el libre debate de ideas y la posibilidad de que los consumidores formen una opinión propia e informada sobre los productos que elegirán como parte de su alimentación. La Corte ha reiterado que más allá de la obtención de productos que reúnan los estándares mínimos de calidad, uno de los derechos de los consumidores, de contenido sustancial es el derecho a recibir información. Bajo el entendido de que la información es una herramienta clave para empoderar a los ciudadanos en su ejercicio contractual y comercial la Corte ha dicho que “es por ello que cualquier restricción injustificada al acceso a la información debe entenderse como una práctica abusiva, propiciada por el poder dominante del que gozan los productores”⁷⁴. En este sentido, resulta relevante el precedente contenido en la sentencia C-830 de 2010, en la que la Corte estudió las normas que prohibían la promoción de productos de tabaco en medios de comunicación y reconoció que había una voluntad del legislador para que el potencial consumidor de dichos bienes estuviera debidamente informado sobre las calidades del producto y las consecuencias de su adquisición y uso. Concretamente, la Corte concluyó que “la simple transmisión del mensaje publicitario no afecta el ordenamiento constitucional, el cual resultaría quebrantado cuando se impidiera la entrega de información que ilustre las opiniones de consumo [...]”⁷⁵.

Recientemente, la Corte Constitucional en sentencia T-543 de 2017, en la que resolvió dos acciones de tutela acumuladas sobre el derecho a informar y a recibir información vulnerados por la censura a un mensaje informativo sobre el contenido de azúcar de los productos disponibles en el mercado y los efectos de su consumo en la salud, la Corte hizo énfasis en que el derecho de los consumidores a recibir información cumple varias funciones esenciales en nuestro ordenamiento. Concretamente resaltó las funciones antes destacadas por la sentencia C-583 de 2015, que resultaban pertinentes para el caso. Reiteró que garantizar el derecho de los consumidores a recibir información sobre los productos que consumen le da sentido al núcleo esencial de su derecho a la información, protegiendo además la libertad de decisión de estos y su derecho a la salud al admitir que hay riesgos para la salud relacionados con el consumo de ciertos productos. Asimismo, dicha sentencia estableció que el fundamento legal esgrimido por la Superintendencia de Industria y Comercio,

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-583 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-136 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

entidad demandada en ese caso, para justificar la prohibición del mensaje informativo, es decir, los numerales 6 y 9 del artículo 59 del Estatuto del Consumidor “no facultan a la Superintendencia de Industria y Comercio a realizar ningún tipo de control previo frente a la información como medida preventiva⁷⁶. Para el caso que nos ocupa, dichos artículos no solo no facultan a la SIC para ejercer control previo al contenido de los mensajes, sino que mucho menos al Consorcio de Canales Nacionales Privados para ejercer algún tipo de control sobre el mensaje informativo de Red PaPaz.

En el caso que nos ocupa los receptores de la información no son consumidores en general sino que son consumidores de un grupo poblacional que ha sido reconocido como sujeto de especial protección constitucional: niños, niñas y adolescentes. Sobre ellos recae el principio del interés superior del menor que para el caso concreto se traduce en la protección prioritaria de su derecho a la alimentación equilibrada, a la salud y al cuidado, contenidos en el artículo 44 de la Constitución, que se vulneran en la medida en que no se reconozca que el acceso a la información sobre los productos ultraprocesados disponibles en el mercado desde una edad temprana tienen una gran incidencia en los hábitos de consumo de los menores. Censurar un mensaje informativo que llama la atención sobre la falta de información respecto del contenido de los productos ultraprocesados desconoce el sentido del núcleo esencial del derecho a la información de los consumidores, los deja inhabilitados para elegir de manera libre los productos que desean consumir, vulnera la protección de su derecho a la salud desde una óptica de prevención al no advertir sobre los riesgos eventuales ligados al consumo de ciertos productos y desconoce el deber de transparencia.

En síntesis, el derecho a recibir información fue vulnerado por el CCNP al incurrir en actos de censura previa indirecta con lo que se limitó la información disponible para los niños, niñas y adolescentes consumidores afectando su proceso de toma de decisión libre. En el caso objeto de análisis, además, debe destacarse que la información a la que tienen acceso los consumidores frente a los efectos del consumo de productos ultraprocesados es prácticamente inexistente y por el contrario, los mensajes predominantes en la cotidianidad de los menores son mensajes de promoción e incentivos hacia el consumo de alimentos ultraprocesados que presentan los productores de estos y que hacen parte de la actividad económica que les genera beneficios económicos.

3.3. La orden del juez de primera instancia según la cual el CCNP debía transmitir el mensaje de Red PaPaz no vulnera la libertad económica de RCN Televisión S.A. ni de Caracol Televisión S.A.

En esta sección reiteraremos las razones expuestas en la intervención que presentamos en segunda instancia respecto de la posibilidad que tiene el juez de tutela para exigirle a los canales privados accionados la difusión del mensaje informativo de Red PaPaz, en los espacios televisivos que estos tienen en concesión. Con ese fin, recordaremos la naturaleza y principios que rigen la prestación del servicio público de televisión y la gestión del espectro electromagnético como bien público y la importancia de éste en la garantía del derecho a informar y en la consolidación de la democracia. Esto con el objetivo de demostrar que, para el caso concreto, la difusión del mensaje de Red PaPaz es fundamental para garantizar que el contenido que llega a la ciudadanía a través de la televisión es acorde al principio de pluralismo informativo. Adicionalmente, reiteraremos que el accionar del CCNP condicionó el acceso de Red PaPaz al espectro electromagnético sobre el cual Caracol

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-543 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

Televisión y RCN Televisión tienen una concesión, lo que puede derivar en la vulneración al derecho a la igualdad.

El espectro electromagnético es “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. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia”⁷⁷. El espectro electromagnético es un bien público que forma parte del territorio colombiano y que es propiedad de la Nación, es imprescriptible, inajenable e inembargable. Quienes pretendan participar en la prestación del servicio de televisión radiodifundida tan solo pueden acceder a su uso a través de las frecuencias radioeléctricas que les sean asignadas (televisión privada) o mediante la adjudicación de los espacios de televisión que permitan beneficiarse de la red (televisión pública).

La soberanía del espectro electromagnético encuentra fundamento en la Constitución Política, concretamente en los artículos 75 y 76. El primero de estos establece que el espectro electromagnético es un bien público y que se debe garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. A esto suma que para “garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”⁷⁸

Se trata entonces de un bien de uso público sobre el cual no puede apoderarse ningún particular y sobre el cual no puede negociarse con el fin de transferir su propiedad a particulares. El objetivo de la norma constitucional es por un lado proteger el espectro electromagnético para asegurar su disposición a los habitantes del territorio nacional y por otro, garantizar la igualdad en el acceso al mismo, con lo que se pretende evitar un monopolio. Por su parte, el artículo 76 de la Constitución establece que la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, sujeto a un régimen legal propio.

Aunque en términos científicos el espectro electromagnético sea un fenómeno natural, desde el punto de vista jurídico, el espectro es parte del territorio nacional, como lo dispone el artículo 101 de la Constitución y como tal pertenece a la Nación (art. 102, CP). Como bien público, la Constitución ha dispuesto el acceso al espectro electromagnético en condiciones de igualdad: “se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley (art. 75, CP). Esto ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional que en sentencia C-1153 de 2005 señaló que “[p]ara garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”⁷⁹. El uso del espectro electromagnético está basado en el modelo de concesión. En la concesión de servicios públicos el concesionario se equipara a un agente público cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente. Es posible afirmar, entonces, que el ordenamiento jurídico colombiano ha procurado garantizar a los nacionales el uso equitativo del espectro electromagnético.

⁷⁷Corte Constitucional. Sentencia T-095 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes.

⁷⁸ Constitución Política, artículo 75.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Por su parte, la televisión, según lo dispuesto en la Ley 182 de 1995 es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado. Como lo autoriza el artículo 365 de la Constitución, la prestación del servicio se realiza mediante concesión de frecuencias del espectro electromagnético a las entidades públicas, particulares y comunidades organizadas. A esto se suma que el artículo 20 de la Constitución asigna a los medios de comunicación una función social. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-018 de 2018 estableció que en cumplimiento de dicha función los medios de comunicación deberán ceder al interés general cuando los espacios que manejan se requieran para satisfacerlo, como ocurre cuando la opinión pública debe ser informada sobre un asunto de interés público como es la salud de los niños, niñas y adolescentes.

Concretamente, a través de la televisión se hace efectivo, en gran medida, el derecho a la información, del que hablamos anteriormente, cuya trascendencia ha sido destacada de manera reiterada por la Corte Constitucional, que ha hecho énfasis en su contribución al interés público en los siguientes términos:

“[...] 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 sector o grupo por sí solo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente”

“[...] La manipulación, el uso abusivo y arbitrario y la utilización indebida de un medio de comunicación como la televisión, afectan, sin duda, el núcleo esencial del derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Carta”⁸⁰.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha dejado claro que el mandato de democratización contenido en el artículo 72 de la Constitución cubre dos supuestos: la necesidad de evitar prácticas monopolísticas en el uso del espectro y permitir que este sirva de medio adecuado para el ejercicio de la libertad de expresión e información. En ese sentido, ha dicho la Corte que:

“En el caso de los medios masivos de comunicación que requieren del espectro electromagnético, como ocurre con la televisión radiodifundida, en vista de su carácter de bien público, inajenable e imprescriptible, y en atención a su carácter limitado, el constituyente dispuso su gestión y control a cargo del Estado **con miras a garantizar el acceso equitativo, el pluralismo informativo y el cumplimiento de los fines propios de los medios de comunicación**”⁸¹(resaltado fuera de texto).

Adicionalmente, la Corte ha dicho que “las normas relativas a la organización y funcionamiento del espectro deben estar orientadas a hacer viable y efectivo el ejercicio de los derechos de libertad que lo requieren. Las condiciones que se impongan para acceder a éste, solo pueden ser las estrictamente necesarias y proporcionales a la necesidad de lograr el funcionamiento eficaz y eficiente de tales derechos, sin contener restricciones desproporcionadas e irrazonables que las hagan impracticables. En tales circunstancias, son inadmisibles las restricciones que desborden las consideraciones técnicas, o conlleven la imposición de la censura o el establecimiento de

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 2018. MP. Alejandro Linares Cantillo.

⁸¹Corte Constitucional. Sentencia T-359 de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

responsabilidades previas y no ulteriores, o que impliquen la creación de mecanismos indirectos, como el establecimiento de controles dirigidos a impedir o dificultar la libre difusión de las ideas y opiniones y la comunicación, o que, en general, racional y razonablemente no estén destinadas a asegurar el respeto de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público, la salud o la moral”⁸².

A esto se suma que la Corte Constitucional, en sentencia C-815 de 2001 señaló que cuando el Estado opta por la gestión de los bienes de uso público y de los servicios públicos a través del sistema de concesión, el punto de partida para el análisis a cargo del juzgador no es el del campo de la libertad económica sino el de la función pública, no solo porque la titularidad de la actividad es de tal naturaleza sino también porque de lo que se trata es de la garantía del interés público. Esto para decir que en el acceso a los espacios de televisión que son objeto de concesión, más que aplicarse las reglas de la libre iniciativa privada, lo que se impone es una regulación especial que debe ser analizada desde el ámbito del ejercicio de la función pública, en la medida en que para efectos de la difusión de las horas que se asignan de programación, necesariamente debe hacerse uso del espectro electromagnético, como bien público sujeto a la gestión y control del Estado.

Entonces, cuando se trata de un servicio público, el análisis de la participación de un particular no puede realizarse de forma exclusiva a partir del contenido normativo del artículo 333 de la Constitución, sino que debe acudir a la forma como se prevé su ejercicio y que se trata de un bien público que es objeto de organización, en los términos del artículo 365 de la Constitución. Por eso, desde la sentencia T-425 de 1992 la Corte estableció que “la libertad económica se halla limitada [...] [por] la clasificación de una determinada actividad como servicio público”⁸³.

En el caso que nos ocupa, el juez de primera instancia, en cumplimiento de la ley, ordenó que se transmitiera el mensaje informativo de Red PaPaz. Dicha orden es acorde a la jurisprudencia constitucional pues el CCNP al hacer uso de un bien de uso público, como es el espectro electromagnético, debe tener en cuenta que el mismo debe ser usado de manera que se garantice el interés público y como hemos explicado a lo largo de esta intervención el mensaje informativo de Red PaPaz materializa un asunto de interés público: la necesidad de proteger la alimentación saludable de niños, niñas y adolescentes y su salud.

4. Solicitudes

Por las razones expuestas, solicitamos a la Corte Constitucional que reitere la decisión de primera instancia y proteja la libertad de informar de Red PaPaz pues el mensaje informativo que pretenden transmitir es de interés público, toda vez que pretende informar sobre el contenido de los productos ultraprocesados a disposición de niños, niñas y adolescentes y los efectos que su consumo tiene sobre su salud. El mensaje informativo de Red PaPaz merece una protección reforzada. Asimismo, consideramos que en el caso concreto el Consorcio de Canales Privados ejerció censura previa indirecta.

5. Notificaciones

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992. MP. Ciro Angarita Barón.

Recibimos notificaciones en la Calle 35 No. 24 – 31 o al correo malbarracin@dejusticia.org y geslava@dejusticia.org

Cordialmente,

Vivian Newman Pont

Diana Rodríguez Franco

Mauricio Albarracín Caballero

Diana Guarnizo Peralta

Ana María Narváez Olaya

Gabriela Eslava Bejarano