



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "C"

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá, D.C, dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Referencia:	11001-33-35-015-2018-00202-01
Sentencia	SC3-1807-1630 Aprobado en sesión de la fecha, Sala 94
Medio de Control:	Acción de tutela
Demandante:	CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES – RED PAPAZ
Demandado:	CARACOL TELEVISIÓN S.A y RCN TELEVISIÓN S.A.
Tema:	Derecho a la libertad de expresión- Derecho a la información. Censura previa. Diferencia entre publicidad e información. Uso del espectro electromagnético. Precedente para el caso en concreto.
Segunda instancia:	Impugnación acción de tutela

Procede la Subsección a proferir sentencia de segunda instancia dentro de la acción de tutela instaurada por la representante legal de la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES – RED PAPAZ contra CARACOL TELEVISIÓN S.A, RCN TELEVISIÓN S.A, entidades que conforman el Consorcio Canales Nacionales Privados CCNP para el amparo de derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de información e igualdad, así como los derechos fundamentales y prevalentes de los niños, niñas y adolescentes a recibir información necesaria para tomar decisiones de consumo que les permitan proteger su derecho a la alimentación equilibrada, a la salud y a la vida.

ANTECEDENTES

El 18 de mayo 2018, la señora CAROLINA PIÑEROS OSPINA en representación de la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES – RED PAPAZ** interpuso acción de tutela contra **CARACOL TELEVISIÓN S.A, RCN TELEVISIÓN S.A**, entidades que conforman el Consorcio Canales Nacionales Privados CCNP; igualmente solicitó la vinculación de la Autoridad Nacional de Televisión ANTV; esto con el fin de que sean amparados los derechos sus fundamentales de libertad de expresión, libertad de información, a la igualdad, así como los derechos fundamentales y prevalentes de los niños, niñas y adolescentes a recibir información necesaria para tomar decisiones de consumo que les permitan proteger su derecho a la alimentación equilibrada, a la salud y a la vida, y en consecuencia, solicita se ordene a las accionadas emitir dentro de las 48 horas siguientes el código correspondiente y garantizar la difusión del mensaje informativo de RED PAPAZ en los espacios concesionados a ésta; igualmente solicita prevenir a las accionadas para que a futuro se abstengan de llegar a realizar conductas semejantes a las que dieron lugar a la presente acción; finalmente requiere oficiar a la ANTV para que adelante las funciones que la ley le asigna y garantice el cumplimiento de las obligaciones que la acción de tutela le asigne a los demandados, y que prevenga a las accionadas y a los demás concesionarios de espacio de televisión para que a futuro eviten acciones semejantes a las que dieron origen la presente acción.

Como fundamento de la solicitud de amparo la accionante manifestó que RED PAPAZ es una entidad sin ánimo de lucro, que tiene por objeto abogar por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) y fortalecer las capacidades de los adultos y los actores sociales para garantizar su efectivo cumplimiento, en desarrollo de lo anterior, ha realizado acciones para una efectiva protección de los derechos de NNA, focalizados en asuntos de relevancia, basadas en evidencia y buenas prácticas probadas, convirtiéndose en un referente nacional e internacional.

Refiere que en el año 2005 RED PAPAZ comenzó a liderar la Mesa de Vida Sana, que tiene como propósito promover entornos de vida saludables para NNA. Inicialmente se encontraba dirigida a temas de conciencia sobre consumo de alcohol y cigarrillo en menores de edad, y en las estrategias para que NNA hicieran buen uso de su tiempo libre, no obstante, en 2010, se amplió este objetivo y se comenzó por promover estilos de vida saludable, dentro de los cuales se encontraba la alimentación sana.

Indica que para el año 2014 RED PAPAZ creó el kit Papaz de alimentación sana, herramienta encaminada a que los padres, madres y cuidadores enseñaran a los NNA a tomar mejores elecciones para alimentarse y así promover la cultura del autocuidado y la alimentación saludable desde temprana edad, esto con fundamento en lo consagrado en el artículo 44 de la Constitución política.

Ahora, en el año 2017 la accionante sostiene que impulsó una petición denominada "Abramos la lonchera", teniendo como objetivos: i) hacer manifiesta la preocupación de padres, madres y acudientes frente a la publicidad de comestibles dirigidos a la NNA, resaltando que los productos son naturales, o que tienen fruta, fibra, vitaminas, o en las que se revelan imágenes que los asocian con algo saludable o ideal para NNA, ii) advertir las diferencias entre las calidades que se resaltan en la publicidad de productos dirigidos a NNA, y a lo que en verdad corresponde a esos productos, conforme a los estándares de la Organización Panamericana de Salud (OPS), es decir, si tiene excesos de azúcares libres, sodio o grasas, y iii) reunir apoyo de personas, con el propósito de que RED PAPAZ solicitara a las autoridades competentes que iniciaran las actuaciones para verificar si la publicidad de algunos productos ultra procesados dirigidos a NNA, es veraz y no induce a error o confusión de los consumidores.

Afirma que para respaldar dos proyectos de ley que cursan trámite en el Congreso de la República (Proyecto de Ley 019 de 2017; con el cual se busca que los productos comestibles ultra procesados, tengan una etiqueta que brinde información clara, veraz y visible sobre el contenido de los productos y además indique si estos son altos en azúcar, grasas saturadas o sodio; y proyecto Ley 022 de 2017; dirigido a que se establezcan restricciones a la publicidad de los productos comestibles ultra procesados, en especial la dirigida para NNA, quienes no tienen la posibilidad de diferenciar la publicidad de la información) lanzó un mensaje de interés público denominado "No comas más mentiras", en el cual busca informar los riesgos que produce el consumo habitual de los productos ultra procesados en la salud, en especial los altos en azúcar, sodio y grasas saturadas; para comunicar este mensaje, ha desarrollado, entre otros contenidos, un video netamente informativo, que dura 30 segundos y que tiene su respectivo soporte científico, en el que se resalta la necesidad de contar con etiquetado frontal en el producto que ofrezca una información clara, visible y veraz sobre el contenido del mismo, y el de contar

con medidas de restricción publicitaria de productos comestibles ultra procesados, dirigida a la NNA.

Señala que el 24 de abril de 2018 RED PAPAZ por intermedio de Pezeta Publicidad S.A.S, solicitó al Consorcio Canales Nacionales Privados CCNP, que emitiera el código correspondiente para pautar el mensaje informativo en los espacios de televisión concesionados por el Estado, consignando previamente la suma de \$602.104, sin embargo, este consorcio advirtió que no iba a emitir el código, hasta tanto los contenidos no fueran vistos y evaluados por el equipo correspondiente. Luego de presentar observaciones técnicas del video, pues el mismo aparecía pixelado, y de que la solicitud no estaba dirigida correctamente, el 3 de mayo de 2018, la Directora Jurídica del CCNP se comunicó telefónicamente con RED PAPAZ, para informarle que no se podía emitir el código para pautar el mensaje, ya que el contenido era polémico y podía generar prevención y rechazo de los anunciantes de productos comestibles ultra procesados, por esta razón sostuvo que prefería que el asunto fuera tratado con los representantes legales de Caracol Televisión S.A y de RCN Televisión S.A.

Manifiesta que luego del ofrecimiento que realizó RED PAPAZ el día 7 de mayo de la presente anualidad, en el cual propuso como garantía adicional para que le asignaran los códigos, que suscribía un acuerdo para exonerarla de responsabilidad y brindar indemnidad al CCNP frente a cualquier reclamo o demanda que se presentara como resultado de la trasmisión del mensaje informativo, el día 8 de mayo el Gerente de CCNP, emitió comunicación solicitando que se brinde soporte científico adicional al referido mensaje informativo, aduciendo el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, respecto a la responsabilidad solidaria ante terceros por la publicidad engañosa.

Aclara que, a la fecha de la presentación de esta acción, el CCNP no ha emitido pronunciamiento sobre el ofrecimiento realizado por la accionante.

Además, sostiene que es importante que el mensaje informativo sea transmitido en los espacios de televisión Caracol Televisión S.A y de RCN Televisión S.A. antes de que finalice la legislatura, esto con el fin de informar al público sobre la pertinencia de las iniciativas que se debaten en el órgano legislativo y se propicie una discusión amplia y democrática que sirva de interés general.

Finalmente, resalta que la conducta de las accionadas constituye censura previa del mensaje informativo indispensable para el debate público y democrático, realizando un control previo, impidiendo de esta forma que el mensaje pueda ser transmitido y tenga la aptitud de promover un debate de salud pública, que busca proteger a los NNA.

Como fundamentos de derecho, invoca la solicitud de amparo de los derechos fundamentales conculcados de i) violación del derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información, toda vez que las acciones y omisiones de las accionadas constituyen censura previa y menoscaban gravemente el derecho del accionante a expresar y difundir libremente su pensamiento y a informarlo a la sociedad, cuando el mensaje de RED PAPAZ se debe considerar de información y no publicidad, atendiendo a los criterios que establece la Corte Constitucional en la sentencia T 543 de 2017, ii) violación del derecho a la igualdad, y iii) violación de los derechos prevalentes de la NNA.

Como soporte de la solicitud se allegó:

- Copia de los certificados de existencia y representación de la accionante y de las accionadas (fls.21 a 49 Cp1).
- Copia del formato de codificación regular del 25 de abril de 2018, presentada por Pezeta Publicidad S.A.S (fl. 50 Cp1).
- Copia del recibo de consignación del 25 de abril de 2018 por valor de \$ 602.140 (fl. 51 Cp1)
- Certificación de Digital Pro del 25 de abril de 2018 dirigida a CCNP, donde establece que la sonorización, la música y las imágenes relacionadas con el comercial RED PAPAZ son material libre de derechos de autor y de dominio público. (fl. 52 Cp1)
- Constancia suscrita el 18 de mayo de 2018, por el representante legal de Pezeta Publicidad SAS, informando que a la fecha se está adelantando ante el Consorcio Canales Nacionales Privado el proceso de codificación de pauta del mensaje informativo para nuestro cliente RED PAPAZ. (fl. 53)
- Copia del correo electrónico enviado por la Directora de Red Papaz el día 7 de mayo de 2018, a través de la cual ofrece firmar un acuerdo exclusivo para excluirlos de cualquier tipo de responsabilidad, envidado al correo tbolivar@ccnp.com.co. (fl. 54 cp1)
- Oficio GER MIS 007-18 del 8 de mayo de 2018, suscrito por el Gerente General de Medios y Servicios Integrados MIS, solicitándole a la Directora de RED PAPAZ que aporte estudios o soportes científicos en los cuales se diga que los productos que pertenecen a esas categorías están clasificados como comida chatarra, esto para no incurrir en publicidad engañosa. (fls. 55 y 56Cp1)
- CD con copia del mensaje informativo (fl. 57 Cp1)
- Sesión plenaria de la Cámara de Representante legislatura 2017 y 2018 (fls. 58 a 75 Cp1)

TRÁMITE PROCESAL

El 18 de mayo de 2018 le correspondió por reparto al Juzgado 15 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, y en auto del 23 de mayo de 2018 se admitió la acción de tutela, se dispuso notificar a las accionadas; en auto aparte de la misma fecha resolvió negar la medida provisional solicitada (fls. 79 y 81 Cp1).

INFORME DE LAS ACCIONADAS

Autoridad Nacional de Televisión –ANTV. (fls. 107 y 108 Cp1) presentó informe solicitado su desvinculación, por cuanto según los hechos de la demanda la ANTV no fue quien vulneró los derechos fundamentales del accionante; además sostiene que esta entidad no es la encargada de resolver las inconformidades que se generen al interior de las empresas prestadoras del servicio de televisión frente a las decisiones de carácter

administrativo.

Caracol Televisión S.A y RCN Televisión S.A quienes conforman Consorcio Canales Nacionales Privados CCNP (fls. 113 a 135 Cp1) En informe del 25 de mayo de 2018, solicita desechar las pretensiones de la tutela, para ello sostiene que el accionante fue quien no cumplió con el requerimiento realizado por el Consorcio Canales Nacionales Privados de complementar su solicitud de remisión de la Organización Panamericana de la Salud OPS, en el que se define supuestamente la comida chatarra, y remisión de los estudios o soportes científicos con base en los que se afirma que los productos como cereales, jugos, bebidas, gaseosas y papas fritas, están clasificados como comida chatarra; lo que realizaron estos canales fue dar cumplimiento a la disposición legal contenida en el artículo 30 de la Ley del Estatuto del Consumidor, pues estas entidades están obligadas a examinar los contenidos que les presentan los anunciantes para su emisión con el fin de verificar que no exista publicidad engañosa; además la circunstancia de que el mensaje en cuestión no tenga como propósito explícito promover el consumo de bienes y servicios, no quiere decir que no se adecue a la definición de publicidad contenida en el numeral 12 artículo 5 del estatuto del consumidor, pues indiscutiblemente este mensaje tiene como finalidad el influir en las decisiones de consumo.

Considera que no se debe conceder el amparo solicitado, dado que i) no existe violación del derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información, tampoco existe la censura previa, esto con fundamento en que la presentación de los mensajes en TV requieren el examen del contenido objetivo por parte del Canal de Televisión, labor de verificación que no es censura y tampoco es un acto meramente formal debido a que el mismo tiene unas implicaciones en la sociedad; ii) se presenta inexistencia de la violación de los consumidores a acceder a la información, esto partiendo de que los consumidores deben recibir una información veraz y suficiente, por lo que los canales en el trámite de codificación del comercial tienen como propósito garantizar que las afirmaciones que realiza RED PAPAZ respecto de la comida chatarra tengan una verificación objetiva, razón por la cual, se requirió información a esta sociedad, quien se negó a suministrarla; iii) inexistencia de violación al derecho a la igualdad, para ello señala que dentro de la labor de codificación de comerciales que desarrolla diariamente el consorcio Canales Nacionales Privados, se encuentran cientos de casos en los cuales se solicita a las agencias de publicidad y a los anunciantes, información indispensable con el fin de garantizar el correcto ejercicio de la labor de información, deteniéndose este proceso hasta tanto no se aporte la información suministrada; y iv) inexistencia de la violación de los derechos prevalentes de los menores, en este sentido indica que si los menores no han recibido el mensaje es por causa exclusiva de la entidad accionante que no ha dado cumplimiento a lo requerido por los demandados.

Como anexos allega:

- Circular externa 037 de 2013, suscrita por el Gerente General de Medios y Servicios Integrados, dirigida a los anunciantes, agencias de publicidad, productoras y codificadores, respecto al sistema de transferencia de comerciales vía internet. También se anexa las especificaciones técnicas transferencia comerciales internet (fls. 147 a 152 Cp1)
- DVD con tres comerciales de RED PAPAZ (fl. 153 Cp1)

-DVD con comercial RED PAPAZ de duración de 30 segundos, del 27 de abril de 2018. (fl. 153 Cp1)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 5 de junio de 2018, el Juzgado 15 Administrativo del Circuito de Bogotá, amparó los derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de información en conexidad con los derechos de la niñez, y en consecuencia, ordenó a los canales privados de TV RCN y Caracol, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación dispusieran lo pertinente para la emisión del mensaje informativo de RED PAPAZ, en los espacios televisivos dispuestos para el efecto; igualmente instó a la Autoridad Nacional de Televisión que dentro del marco de sus funciones y competencias, procediera a verificar el cumplimiento de esta orden.

Como primera medida advierte que es procedente la acción de tutela, dado que el accionado no cuenta con otro mecanismo de defensa idóneo y eficaz para obtener el amparo solicitado, ya que no existe acción o recurso que permita a los canales privados, pronunciarse a fondo sobre la emisión de la información que se pretende.

Ahora, como fundamento de la decisión refiere 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 y que no corresponden a un debate político, apartándose de esta forma ostensiblemente de ese margen reducido que permite la Constitución Política.

Señala que el hecho de aducir responsabilidad civil o social, no le otorga facultades a los canales privados de televisión para realizar exigencias a los comerciales de televisión, máxime cuando el mensaje pretende buscar la protección de los derechos de salud de los menores y además conforme al artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, no se trata de publicidad sino de información, dado que el mismo busca generar conciencia sobre los riesgos en el consumo de ciertos tipos de productos en la niñez especialmente.

Concluye que el Consorcio de Canales Privados de Televisión, así como los canales privados accionados desconocen el derecho a la libertad de expresión de la Corporación RED PAPAZ, al requerir información que no está establecida en la ley, la cual evidentemente impone un control previo sobre el contenido de la información a transmitir, erigiéndose dicho proceder en censura previa, la cual se encuentra prohibida conforme a lo indicado en el artículo 20 de la Constitución Política.

Finalmente, indica que la emisión del mensaje publicitario, que pretende RED PAPAZ, se articula con los derechos del niño consagrados en el artículo 44 de la Constitución política y en los convenios internacionales firmados por Colombia, los cuales prevalecen sobre los demás, razón por la cual tutea este derecho.

No desvincula a la Autoridad Nacional de Televisión, dado que dentro de sus funciones se encuentra el velar por el pluralismo e imparcialidad informativa, el cual debe ser

garantizado en este asunto, razón por la cual deberá verificar el cumplimiento del fallo.

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., quienes conforman el Consorcio Canales Nacionales Privados. (fls. 178 a 195 Cp1) El 8 de junio de 2018, las sociedades demandadas impugnaron la sentencia proferida por el Juez de primera instancia, sosteniendo que la misma constituye una violación a su derecho fundamental de información, pues con la sentencia se obliga a emitir un contenido en contra de su voluntad, lo que se traduce en una dictadura, causando de igual forma un daño irreparable a la libertad de información en Colombia.

Arguye que conforme a la sentencia T 391 de 2007, cada medio de comunicación es autónomo para decidir cuáles contenidos emite y cuáles no, siendo esta la materia esencial del derecho a la información de los canales accionados.

Refuta la sentencia del A quo en lo que tiene que ver con las afirmaciones de que la ley no contempla las exigencias requeridas a la accionante, atribuyendo de esta forma censura, ya que esta autoridad judicial pasa por alto lo contemplado en la Ley 182 de 1995, Ley 29 de 1944 y la Ley 1480 de 2011, donde se establece que la veracidad es un postulado, tanto de información como de publicidad, con el fin de que ésta no sea engañosa.

Señala que el A quo no se detuvo a observar el anuncio en cuestión, ignorando de tal forma los argumentos de defensa, respecto de que en dicho anuncio aparecen empaques de productos de cereales, jugos bebidas, gaseosas y papas fritas, que si bien no se identifican con marcas, no queda la menor duda que se trata de un trato descalificativo y peyorativo respecto de bienes cuya publicidad y comercialización no se encuentran restringidos. Entonces, era absolutamente permitido solicitar el requerimiento a RED PAPAZ ya que es pertinente garantizar la veracidad y objetividad de la información.

Indica que las sociedades demandadas se encuentran legitimadas para ejercer debidamente su derecho de defensa frente a la responsabilidad que pueda incurrir respecto a la publicidad engañosa (art. 30 de Ley 1480 de 2011), siendo así permitido el requerimiento realizado a RED PAPAZ, dado que fue con el fin de culminar con el trámite de codificación del mensaje de televisión que tenía un carácter eminentemente objetivo.

Insiste en que el mensaje a transmitir tiene como finalidad influir en las decisiones de consumo, por lo que el mismo resulta ser un mensaje publicitario y no de información, desconociendo de esta forma el a quo la definición de publicidad contemplada en el artículo 5º numeral 12 ib.

Aclara que, primero, no existe control de censura previa, pues la solicitud de información a Red Papaz tuvo como finalidad contar con los elementos de juicio para verificar que el mensaje a emitir no configura un caso de publicidad engañosa, y segundo, la libertad de expresión de Red Papaz no se garantiza imponiendo a estas sociedades el deber de emitir un mensaje a cambio de una contraprestación económica.

Finalmente, expone que la tutela impugnada desconoce el precedente constitucional, puesto que con la sentencia T 381 de 1994, se establece que los medios de comunicación

tienen la obligación de verificar la veracidad, tanto de la información como de la publicidad; igualmente se desconoce la doctrina contenida en la sentencia T 391 de 2007, donde se señala que, salvo las excepciones legales como el caso del derecho de réplica y el derecho de rectificación, nadie puede exigirles a los medios de comunicación la transmisión de un determinado contenido, pues esto es potestad del director o editor del respectivo medio.

Autoridad Nacional de Televisión ANTV. (fls. 196 a 202 Cp1) El 12 de junio de 2018, presentó impugnación solicitando se revoque el numeral tercero del fallo proferido en primera instancia dentro del asunto de la referencia, y en consecuencia se desvincule a esta entidad, ya que no fue quien vulneró los derechos fundamentales reclamados en protección y carece de competencia para exigir la emisión del contenido aquí reclamado; también solicita aclaración del numeral cuarto de la decisión, dado que esta entidad no tiene competencia legal ni constitucional para exigir a los canales privados de televisión, el cumplimiento de la orden judicial de emitir el mensaje informativo ordenado, pue solo en el marco de las competencias de esta autoridad, la verificación solo se podrá realizar como un control posterior , solicitando a los canales el material que se emita en cumplimiento de la decisión.

Como fundamento de lo anterior sostiene que no es posible que la ANTV exija a los concesionarios del servicio público de televisión la emisión de cualquier tipo de contenido o publicidad, toda vez que, si se llegare hacer se estaría vulnerando derechos legales y constitucionales adquiridos por los canales privados de emitir contenidos sin un control previo. Igualmente indica que esta entidad no tiene dentro de sus competencias obligar o constreñir a los concesionarios a emitir ciertos contenidos, pues de igual forma, vulneraría lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, por lo tanto, la verificación, solo puede ser de carácter posterior.

El 13 de junio de 2018, se concedieron los recursos de apelación interpuestos por Caracol Televisión S.A y de RCN Televisión S.A. y la Autoridad Nacional de Televisión ANTV. (fls. 205 y 206 Cp1) El 19 de junio de 2018, fue repartida la presente acción, correspondiéndole al Despacho del Magistrado sustanciador. (fl. 2 Cp2) ingresó el expediente al Despacho el día 19 de junio de 2018. (fls. 4C2).

El 21 de Junio de 2018, la parte accionante radicó oposición a la impugnación presentada. (fls. 5 a 17 Cp2)

Escritos presentados en segunda instancia.

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DEJUSTICIA. El 29 de junio de 2018, presentó coadyuvancia, considerando que i) el mensaje de Red Papaz “ No coma más mentiras” constituye un ejercicio de libertad de expresión y no de publicidad, pues el mismo no busca dirigir las preferencias de los ciudadanos hacia la adquisición de determinado bien o servicio, como si lo hace los mensajes publicitarios, antes por el contrario su objetivo como se señaló en el escrito de tutela es “ abogar por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y fortalecer la capacidad de los adultos y los actores sociales para garantizar su efectivo cumplimiento” , no enmarcándose de esta forma en el ejercicio de libertad económica o de empresa de Red Papaz, entidad sin ánimo de lucro, sino en pretender ampliar el debate público pluralista relacionado con los

hábitos de consumo de los ciudadanos en beneficio de su salud y no en beneficio de una actividad productiva; ii) el mensaje informativo de Red Papaz merece una protección constitucional reforzada por tratarse de un discurso de interés público como lo es el impacto negativo a la salud por el consumo habitual de alimentos ultraprocesados y la implementación de medidas por parte de las autoridades públicas y privadas a favor del derecho a la salud de NNA, contribuyéndose así, con el fortalecimiento del pluralismo que caracteriza el Estado Social de Derecho; iii) se presenta una censura previa del mensaje, toda vez que los canales no podían someter su divulgación a ningún control de veracidad antes de su difusión, ya que solo se puede someter a este control después de su divulgación; iv) no se puede respaldar la dilación y negativa de difundir el mensaje de Red Papaz, por parte de las accionadas, con base en el artículo 30 del Estatuto del Consumidor, ya que la misma no permite que los canales realicen un control previo de los mensajes que pretenden ser publicados, además de que esta actuación no responde a los estándares de culpa grave o dolo del referido artículo, y tampoco dirigida a la salvaguardia de los intereses del consumidor; v) el juez constitucional sí puede exigir a las sociedades la difusión del mensaje de RED PAPAZ, en aras de garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales a los que se encuentra sujeto el servicio público de televisión y el espectro electromagnético, particularmente el pluralismo informativo y la igualdad de condiciones para acceder a ellos. Conforme a lo anterior, solicita que se confirme la decisión de primera instancia. (fls. 19 a 39 Cp2)

Coalición Latinoamericana Saludable. El 6 de julio de 2018, presentó Amicus curiae, sosteniendo i) veracidad. La información que pretende transmitir RED PAPAZ, tiene respaldo en evidencia científica sobre el consumo de azúcar y ultra procesados, y su relación con el desarrollo de enfermedades crónicas no trasmisibles, para ello hace referencia a pronunciamientos de la Organización Mundial de la Salud, Organización panamericana de Salud, Fundaciones, entre otros. Además refiere que el término “chatarra” es una denominación del argot para los alimentos con valor nutricional limitado, el cual fue utilizado por Red Papaz ya que el término científico “producto ultra procesado” no resulta ser de fácil comprensión para la población en general; ii) obligación de derechos humanos frente a la epidemia de la obesidad, indicando que los niños, niñas y adolescentes, merecen de una protección mayor en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, por tanto los Estados, con el fin de que estos tengan un disfrute más alto de salud, deben adoptar medidas adecuadas para combatir las enfermedades y la mal nutrición; asimismo, en lo que tiene que ver con los medios de comunicación el artículo 17 de esta Convención, establece la importancia de la función de los Estados de velar porque los niños tengan acceso a información y material de diversas fuentes, en especial el relacionado con el de promover el bienestar social, espiritual y moral, y su salud física y mental; iii) las campañas de información de salud pública. Sostiene que el Estado está obligado a proteger el mensaje informativo de RED PAPAZ, pues el mismo es sumamente relevante para el ejercicio del derecho a la Salud, porque busca advertir los riesgos de consumo de productos ultraprocesados y disminuir los crecientes índices de sobrepeso y obesidad en Colombia; además, desde una perspectiva de obligaciones internacionales de derechos humanos, es claro que asegurar el acceso a la información sobre temas de salud de importancia fundamental. Esta obligación incluye apoyar el desarrollo de campañas informativas de salud pública y evitar que terceras personas limiten el acceso a la información relevante para el ejercicio del derecho a la salud. Por ende, el Estado Colombiano debe cumplir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Concluye de esta forma que desde la perspectiva de los derechos humanos, el Estado está obligado a asegurar el acceso a la información relevante para el derecho del ejercicio de la salud, desarrollando acciones positivas, así como promover campañas informativas de salud, la cual presenta mayor importancia dado que dentro del contexto actual el sobrepeso y la obesidad se revelan como problemáticas fundamentales de la salud pública. (fls. 40 a 48 Cp2)

El poder del consumidor (asociación civil mexicana). El 9 de julio de 2018, presentó Amicus curiae, indicando que los actos de censura previa son una “suspensión radical” de la libertad de expresión, pues no solo limita a quien quiere difundir el mensaje sino a toda la sociedad de ejercer su derecho a la información; en este sentido, sostiene que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que cualquier tipo de responsabilidad sobre la libertad de expresión e información es posterior a la difusión y no antes. Concluye que el mensaje de RED PAPAZ en el cual se advierte a la población sobre riesgos del consumo de ciertos alimentos y bebidas, así como las medidas de política pública que deben tomarse para contrarrestar los efectos de la obesidad y el sobrepeso, es un mensaje informativo basado en evidencia científica y en las recomendaciones de actores internacionales como la Organización Mundial de la Salud, aunado a que tienen una naturaleza totalmente distinta de cualquier publicidad, igualmente pluraliza la opinión y los mensajes difundidos a la población. (fls. 50 a 55 Cp2)

PROBLEMA Y TESIS CONSTITUCIONAL

Presentación del Caso. La CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES – RED PAPAZ solicitó al Consorcio Canales Nacionales Privados CCNP que emitiera el código correspondiente para pautar un mensaje informativo en los espacios de televisión concesionados por el Estado, CARACOL TELEVISIÓN S.A y RCN TELEVISIÓN S.A, denominado “RED PAPAZ” “ ETIQUETADO” “ 30 SEG”, en el cual busca informar sobre los riesgos que el consumo habitual de los productos ultra procesados representa en la salud de las niñas, niños y adolescentes (NNA), en especial los altos en azúcar, sodio y grasas saturadas y sobre la inducción de la publicidad al consumo habitual de estos productos.

Frente a lo anterior, la parte demandada solicitó soporte científico adicional para respaldar la veracidad del mensaje informativo, conforme al artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, el cual establece responsabilidad solidaria ante terceros por la publicidad engañosa.

Así las cosas, ante la negativa y exigencias, la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES – RED PAPAZ interpuso acción de tutela contra CARACOL TELEVISIÓN S.A, RCN TELEVISIÓN S.A, entidades que conforman el Consorcio Canales Nacionales Privados CCNP, para el amparo de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, libertad de información, a la igualdad, así como los derechos fundamentales y prevalentes de los niños, niñas y adolescentes a recibir información necesaria para tomar decisiones de consumo que les permita proteger sus derechos a la alimentación equilibrada, a la salud y a la vida.

El *A quo* tuteló los derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de información en conexidad con los derechos de la niñez, y en consecuencia, ordenó a los canales privados de TV RCN y Caracol, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación, dispongan lo pertinente para la emisión del mensaje informativo de RED PAPAZ, en los espacios televisivos dispuestos para el efecto.

Se impugnó la sentencia fundado en que se violó el derecho fundamental de información de las accionadas porque se obliga a emitir un contenido contra su voluntad, propio de las “dictaduras”; no se siguió en esta materia el precedente jurisprudencial de las sentencias T-381 de 1994 y T-391 de 2007; no existe censura alguna frente a las exigencias a la accionante porque la veracidad es un postulado tanto de la información como de la publicidad, conforme a la Leyes 182 de 1995, 29 de 1994 y 1480 de 2011; el mensaje de la Red Papaz es descalificativo y peyorativo frente a productos cuya publicidad y comercialización no se encuentran restringidas.

Problema constitucional. Corresponde a esta Sala decidir si al accionante RED PAPAZ, se le vulneraron los derechos fundamentales de libertad de expresión e información, por parte de **CARACOL TELEVISIÓN S.A, RCN TELEVISIÓN S.A,** al requerirlos para que allegaran cierta información para respaldar la veracidad de su contenido, previo a emitir el mensaje relacionado con la publicidad de los productos ultraprocesados y las consecuencias de los mismos en la salud de las niñas, niños y adolescentes.

Para determinar la validez del requerimiento impuesto por los canales privados, la Sala debe definir si el mensaje que se busca divulgar debe ser considerado como información o como publicidad, si el requerimiento formulado por la accionada es una censura o es un control legítimo y si los fines aducidos de prevención y promoción para la salud de las niñas, niños y adolescentes, frente a los alimentos ultraprocesados, justifican una protección constitucional más estricta.

Para la Sala queda claro que las demandadas vulneraron el derecho fundamental a la libertad de expresión e información de la accionante, tal como lo sostuvo el *a quo*, ya que con el requerimiento realizado con el oficio No. GER MIA 007-18 del 8 de mayo de 2018, adoptaron medidas contrarias a la Constitución, pues no perseguían una finalidad imperiosa y no eran necesarias, y, por el contrario, constituyen una censura al establecer un control previo sobre los contenidos que se pretendían transmitir.

El mensaje que se busca divulgar es informativo y no de publicidad, ya que el mismo no se encuentra encaminado a promocionar algún producto, bien o servicio con fines lucrativos como es el objeto de la publicidad, máxime que quien lo pretende transmitir es una entidad sin ánimo de lucro; antes por el contrario, lo que se pretende es advertir los riesgos que tiene en la salud de las niñas, niños y adolescentes, el consumo de los productos ultra procesados y la publicidad de los mismos.

Así mismo, asume relevancia la protección más estricta de los derechos libertad de expresión e información dada la finalidad del mensaje a transmitir, que es la prevención y promoción de la salud de las niñas, niños y adolescentes, frente a los alimentos ultra procesados y del derecho de aquellos a recibir información relacionada con su salud, donde los derechos de este grupo de personas debe prevalecer sobre el de los demás.

Por otro lado, se confirmará la vinculación a la ANTV y la orden dada a esta entidad, esto teniendo en cuenta sus funciones establecidas en la Ley 1507 de 2012.

La Sala procederá a abordar los siguientes temas: De los presupuestos de la acción de tutela; Constitución Democrática y derechos fundamentales, del derecho a la información y libertad de expresión como derechos fundamentales (Derecho a la información, Derecho de informar, Libertad de expresión, Límites a la libertad de expresión); Prohibición constitucional de la censura previa: Diferencia entre prohibición previa y censura previa. Convención Interamericana de Derechos Humanos; uso público del espectro electromagnético como vehículo para el ejercicio del derecho de libertad de expresión e información; propaganda comercial y libertad de expresión, diferencia entre publicidad e información; del derecho a la salud pública de los niños y de su derecho a la información; de las funciones de la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV, definición y elementos del precedente judicial y el caso en concreto.

CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES

1.- Normatividad.

Conforme al artículo 86 de la Constitución Política:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública", y la acción de tutela "solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Así mismo, establecen los artículos 5 y 6 del Decreto 2591 de 1991 que la acción de tutela procede *"contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito".*

2. Argumentación constitucional.

2.1 De los presupuestos de la acción de tutela.

La acción de tutela es un remedio procesal de carácter constitucional para proteger y garantizar de manera efectiva los derechos constitucionales fundamentales de las personas (i), cuando éstos se encuentren amenazados o violados de manera actual, grave e inminente (ii), por la acción u omisión de una autoridad pública (iii) o un particular cuando presten servicios públicos y con dicha conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o el particular se encuentre en estado de subordinación o indefensión (iv), y siempre que no exista otro mecanismo judicial ordinario de protección idóneo y eficaz para la efectiva garantía del derecho fundamental (v) o existiendo dicho mecanismo ordinario la acción se interponga como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

irremediable del derecho fundamental (vi). La acción podrá ser interpuesta ante cualquier juez de la república o quien sea el competente (vii) y su trámite será informar, sumario y preferente (viii).

El presupuesto previo y elemental es la ocurrencia de “*la acción u omisión*” de la autoridad pública o particular acusado de amenazar o vulnerar los derechos fundamentales. Es decir, el presupuesto fáctico es una condición ineludible a partir del cual el juez puede entrar a hacer las valoraciones respectivas. Lo anterior no es otra cosa que el deber que tiene el accionante de la carga de la prueba sobre los hechos que quiere hacer valer dentro del proceso y, en el ámbito de la tutela, a pesar que este deber no es absoluto porque es el juez quien tiene la carga oficiosa de garantizar y proteger el derecho fundamental, deben estar acreditados los hechos (acciones u omisiones) sobre las cuales están basadas las amenazas o vulneraciones de los derechos.

Acudir a la acción de tutela es una apropiación directa de la Constitución y de los derechos por parte de quien considera que mediante una “*acción u omisión*”, la administración o el particular afectan sus derechos en cuanto a su disfrute, ejercicio y goce. Este proceso de subjetivación de la Constitución es una nueva cultura de los derechos en el ámbito cotidiano de los ciudadanos que transforma nuestro constitucionalismo político en uno normativo o militante.

2.2 Constitución Democrática y derechos fundamentales.

A pesar de que existan muchos conceptos sobre Constitución es importante señalar que un elemento definidor de la sociedad moderna, luego de tantos avatares y luchas por los derechos, y experiencias desgarradoras y dolorosas contra la persona humana, su dignidad y las minorías, es que para hablar de Constitución debe estar establecida la “*garantía de los derechos*” y la “*división de poderes*”¹, como presupuesto básico, pero adicionalmente se ha incluido el principio fundante de la dignidad humana como derecho absoluto y último, y el carácter “*normativo*” de la Constitución. Los derechos fundamentales y la constitución normativa es el lenguaje común de las democracias pluralistas y participativas, porque suponen no sólo una forma de gobierno donde cada uno aspira que se le asegure vivir según su propia visión y, como titular de los derechos, se le permita agenciar su contenido y límite, sino que la constitución sea una norma jurídica con efectos directos garantizados por un órgano independiente. Desde esta perspectiva, entonces, debe comprenderse la Constitución adecuada para una sociedad democrática y pluralista, la que cuenta con carta de derechos y garantías efectivas para su realización, de tal forma que cada derecho fundamental es un compromiso de la sociedad y del Estado de carácter positivo o negativo, según se trata de derechos políticos o sociales donde se adquieren obligaciones o deberes para su efectivización o materialización. La Constitución Política no es una hoja en blanco o aséptica ante los conflictos, sociales, económicos, políticos, dolencias y necesidades humanas, sino un espacio abierto y pluralista para la convivencia pacífica, el bien común y el bienestar general, ya que contiene verdaderos lineamientos normativos respecto de los derechos fundamentales consagrados en ella. Por esta razón, los derechos fundamentales deben interpretarse desde la perspectiva de la constitución democrática y pluralista, pues ésta ha adoptado ciertos condicionamientos normativos que sirven para limitar u orientar el ejercicio del poder, el accionar de las autoridades públicas y de los particulares.

¹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789, Art. 16

Desde la anterior perspectiva, entonces, el derecho fundamental de la libertad de expresión e información consagrado en el artículo 20 de la Constitución, contiene condicionantes normativos que muestran claramente la opción adoptada desde la propia disposición, pues al regular de manera clara aspectos ontológicos, estructurales y funcionales, deben ser tenidos en cuenta al momento de resolver cada uno de los problemas propuestos, ya sea a nivel constitucional o infraconstitucional².

2.3 Del derecho a la información y libertad de expresión como derechos fundamentales.

El derecho fundamental a la libertad de expresión tiene como titular a la persona y ha sido considerado como condición y presupuesto para la existencia de todas las demás libertades, ya que la persona para que pueda ser tal en el ámbito de lo social y lo político, tiene que poder manifestarse externa o materialmente. El ser humano es, ante todo, un ser social y político, necesitado del otro y de la comunidad, de tal manera que para responder la pregunta “acerca de qué derechos debe tener una persona, “sólo puede ser fundamental el concepto de necesidad”³. Quitarle la libertad de expresión y de información a la persona dentro del estado constitucional, cualquiera sea la razón o el motivo, es violar uno de sus derechos fundamentales, es atentar contra la propia persona y el estado pluralista y participativo. Por eso este derecho tiene una doble dimensión (individual y social)⁴ y ha sido considerado por la Corte Constitucional como la “*condición indispensable de prácticamente todas las demás formas de libertad, en un prerrequisito para evitar la atrofia o el control del pensamiento, y un presupuesto cardinal de las sociedades políticas abiertas, pluralistas y democráticas*”⁵. Únicamente garantizando el derecho fundamental a la libre expresión donde cada uno pueda exponer y expresar sus ideas de manera libre, “es posible que las personas puedan definir sus propias opciones culturales, sociales, religiosas o políticas⁶; practicar los derechos de participación en la conformación, gestión y control del poder político⁷; y contener el ejercicio arbitrario de los poderes no sólo públicos, sino privados o sociales⁸”.

El artículo 20 constitucional establece la obligación de garantizar a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de **informar y recibir información veraz e imparcial**, y la de fundar medios masivos de comunicación. En cuanto a los medios de comunicación, la misma disposición definió que éstos son libres y tienen **responsabilidad social**. También se dijo que se garantizaría el derecho a la rectificación en condiciones de equidad y que “**no habrá censura**”.

Por su parte, y en desarrollo del artículo 20 constitucional, la Ley 182 de 1995 consagró que la televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado⁹. En línea con lo anterior, se señaló que **los fines del servicio de televisión son formar, educar, informar veraz y objetivamente** y recrear de manera sana.

² “De acuerdo con esta posición, existen dos tipos de disposiciones constitucionales en relación con los derechos: La primera incluye las disposiciones del derecho que contienen los cualificadores internos del supuesto de hecho del derecho; la segunda incluye las disposiciones constitucionales que determinan las circunstancias en las cuales el derecho –de acuerdo a su determinado supuesto de hecho- puede ser limitado de manera justificada en el nivel infraconstitucional.” Barak, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. (2017) Palestra Editores, Lima, pp. 57-58

³ Tugendhant, Ernst. *Lecciones de ética*. Barcelona, Gedisa, 2010, pp. 335 y ss. Citado. Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, m 295-296.

⁴ Corte Constitucional T-040 de 2013; Corte IDH., *Caso Kimer Vs Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177; Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151; Corte IDH., *Caso López Álvarez Vs Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141

⁵ Corte Constitucional T-391 de 2007.

⁶ Cfr. entre otras, la sentencia T-706/96.

⁷ Cfr. entre otras, la sentencia T-066/98

⁸ Cfr. entre otras, la sentencia T-697/96

⁹ Ley 182 de 1995, artículo 1º.

Promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, fortalecer la consolidación de la democracia y la paz, y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local¹⁰.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha distinguido tres dimensiones o contenidos relacionados: el derecho a la información, el derecho de informar y la libertad de expresión. La distinción no implica que estos tres contenidos sean antagónicos entre sí, sino todo lo contrario: evidencia su conexidad. El derecho a la información se satisface con la eficacia del derecho de informar: quien lo ejerce da la información debida al titular del derecho a la información. Tanto en este derecho como en el derecho de informar, la información es **debida**, es decir, es el objeto jurídicamente protegido. La libertad de expresión tiene una cobertura más amplia que el derecho de informar, porque recae sobre objetos jurídicos que, pese a ser reales y aprehensibles, son indeterminados, como lo son el pensamiento y las opiniones, sobre los cuales lo único que puede recaer es la libertad responsable¹¹.

2.3.1 Derecho a la información.

Sobre el derecho a la información, la Corte Constitucional¹² ha considerado que en virtud de tal derecho fundamental, **a toda persona se le debe información sobre de la verdad**, como exigencia de su ser personal. El sujeto de este derecho es universal: toda persona -sin ninguna distinción- y **el objeto de tal derecho es la información veraz e imparcial**.

Así ha señalado el Máximo Tribunal Constitucional que el derecho a la información es fundamental¹³, universal,¹⁴ inalienable,¹⁵ imprescriptible,¹⁶ inviolable¹⁷, consiste en informar y ser informado veraz e imparcialmente, su objetivo es que la persona juzgue sobre la realidad con conocimiento suficiente.

Sobre el requisito de la veracidad, este hace referencia a hechos o enunciados de carácter fáctico que pueden ser verificados, en este sentido no involucra las simples opiniones. No se debe sustentar en rumores, invenciones o malas intenciones o que induzca a error o confusión al receptor. Por su parte, la imparcialidad hace referencia a la distancia de la

¹⁰ Ley 182 de 1995, artículo 2º.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C 488 de 1993.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C 488 de 1993.

¹³ "El derecho a la información es uno de los elementos sobre los cuales se encuentra fundamentado el sistema jurídico imperante, por cuanto sustenta, junto con otros derechos, la legitimidad del ordenamiento jurídico, el cual, si llegase a desconocer la existencia del derecho a la información, sería injusto. Como todo derecho fundamental, este derecho es universal, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, inviolable y reconocido -no creado- por la legislación positiva". Corte Constitucional. Sentencia C 488 de 1993.

¹⁴ "Cuando se afirma que es un derecho universal, se entiende a que es válido en todo tiempo y en todo lugar. Al ser una expresión de la esencia humana, es, obviamente, universal, por cuanto la esencia del hombre es común a todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su condición vital, social, política, jurídica, económica o circunstancial". Corte Constitucional. Sentencia C 488 de 1993.

¹⁵ "Es un derecho inalienable, pues al responder a una tendencia natural del ser humano, es imposible que dicha facultad de ser informado esté despojada del individuo de la especie humana, porque equivaldría a negar sus inclinaciones naturales, debidas a todo hombre, tales como la sociabilidad y las tendencias al conocimiento y a la comunicación.

Como es un derecho inalienable, se deduce que, al menos como *ius ad rem*, es irrenunciable, ya que la persona legítimamente no puede despojarse de las potencialidades básicas de su correspondiente naturaleza. Y es razonable que así sea, ya que todo derecho tiende hacia la perfección humana, es decir, a su realización. La renunciabilidad de los bienes que constituyen tendencias inherentes al ser del hombre conforma la privación de un bien que es propiedad esencial de la persona, en otras palabras, no es un acto perfeccionador, sino de privación, de imperfección y lo imperfecto no puede ser objeto jurídico protegido". Corte Constitucional. Sentencia C 488 de 1993.

¹⁶ "En el sentido de que no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo, entre otras razones porque, al ser un derecho universal, se tiene siempre y ello indica que sea por todo el tiempo". Corte Constitucional. Sentencia C 488 de 1993.

¹⁷ "Nunca se puede vulnerar su núcleo esencial, bajo ningún título, ni hay justificación posible contra un derecho fundamental. Lo anterior no significa que el derecho a la información sea absoluto. Inviolable no quiere decir absoluto, porque lo absoluto no admite limitación, y lo jurídico necesariamente ha de ser limitado; porque si las pretensiones, bienes e intereses fuesen ilimitados, no podría haber coexistencia de objetos protegibles, porque lo absoluto del uno anularía la validez del otro. El derecho a la información nunca puede ir contra el interés general y el bien común, ni contra la intimidad personal. En otras palabras no hay derecho contra el orden social justo". Corte Constitucional. Sentencia C 488 de 1993.

información con la crítica personal de los hechos relatados y las fuentes y lo que se quiere emitir.¹⁸

2.3.2 Derecho de informar.

Respecto al derecho de informar, también consagrado en el artículo 20 constitucional, señaló el Tribunal Constitucional que “es razonable que un grupo especializado se encargue de asumir, como profesión, el deber de informar los asuntos de interés general a la colectividad, y dicho deber genera el derecho de informar **profesionalmente**. Es por ello que, en sentido estricto, cuando se asume como profesión, este derecho recae sobre un sujeto activo especializado. Es un derecho con un sujeto determinado, porque también la responsabilidad profesional es determinada, y así se establece la proporcionalidad. Los límites que tiene el derecho a la información son los mismos que se aplican para el derecho de informar. No se trata pues de un derecho ilimitado, por cuanto el deber que lo funda es limitado”¹⁹.

2.3.3 Libertad de expresión.

Finalmente, en lo que se refiere a la libertad de expresión, la misma Corte aclaró que se trata de una “figura jurídica más amplia que la del derecho a la información. Abarca una generalidad que admite múltiples especies y, en virtud de la libertad de opinión y de pensamiento, no tiene tantas limitaciones como las que tienen el derecho a la información y el derecho de informar. Lo que el sujeto puede expresar no necesariamente tiene que estar sometido a la imparcialidad ni contener una verdad, porque perfectamente puede el ser humano expresar todo lo que su ingenio e imaginación produzcan, **mientras dicha expresión no lesione derechos ajenos, ni vaya contra el orden público o el bien común**”²⁰.

La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento jurídico colombiano, no sólo porque juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas (CP art. 16) y en el desarrollo del conocimiento y la cultura (CP art. 71) sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa (CP arts 1º, 3º y 40)²¹. Por ello, en reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad²², que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado.

2.3.4 Límites a la libertad de expresión.

Sobre los límites que encuentra el derecho a la libertad de expresión, la Corte Constitucional ha considerado relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la

¹⁸ Corte Constitucional, sentencias T-219 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.2.2.1 y 4.2.2.2; T-040 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 2.3.4, 2.3.6, y 2.3.7; y T-050 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 6.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C 488 de 1993.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C 488 de 1993.

²¹ Ver en especial, y entre muchas otras, las sentencias T-609 de 1992, T-066 de 1998 y C-087 de 1998.

²² Ver en especial, y entre muchas otras, las sentencias T-609 de 1992, T-066 de 1998 y C-087 de 1998.

jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales²³. Ahora bien, en la Opinión Consultiva No 05 del 13 de noviembre de 1985²⁴, la Corte Interamericana estudió *in extenso* el alcance de la libertad de expresión, y la posibilidad de establecer las restricciones a ese derecho. Según esa doctrina, una restricción es conforme a la Convención Interamericana si consiste en una forma de responsabilidad posterior, pues la censura previa se encuentra prohibida. Además, debe tratarse de una causal que se encuentre previamente prevista en la ley, de manera clara y taxativa, y que sea necesaria para proteger los fines previstos por la propia Convención, a saber, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. En particular la Corte Interamericana, en el párrafo 46 de la mencionada Opinión Consultiva, señaló las siguientes pautas:

Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la existencia de una "necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (The Sunday Times case, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26). (subrayas no originales)

Así, tanto la libertad de expresión, como el derecho de información y de prensa encuentran límites. La libertad de expresión puede colisionar con otros derechos y valores constitucionales, por lo cual, los tratados de derechos humanos y la Constitución establecen que ciertas restricciones a esta libertad, son legítimas. Así, conforme a la Convención Interamericana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, este derecho puede ser limitado para asegurar (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas²⁵. Por ello, la Corte Constitucional ha admitido, en numerosas decisiones, ciertas restricciones a la libertad de expresión a fin de proteger y asegurar, en ciertos casos concretos, otros bienes constitucionales, como el orden público o los derechos a la intimidad o al buen nombre²⁶.

²³ Ver, entre otras, la sentencia C-406 de 1996.

²⁴ Ver "Libertad de Expresión. A 30 años de la opinión consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas." http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/OCS_ESP.PDF.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C 010 de 2000.

²⁶ Ver, entre otras, las sentencias C-179 de 1994, T-293 de 1994 y C-586 de 1995

Así, la veracidad e imparcialidad constituyen condiciones de legitimidad o presupuestos que delimitan el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad informativa, tal y como se desprende de numerosos pronunciamientos de la Corte Constitucional²⁷.

2.4 Prohibición constitucional de la censura previa: Diferencia entre prohibición previa y censura previa. Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La censura previa, en los términos de la Convención Interamericana y del derecho constitucional, consiste en que las autoridades, por diversas razones, impiden u obstaculizan gravemente la emisión de un mensaje o la publicación de un determinado contenido. Es pues una medida de control preventivo puesto que la emisión o publicación queda sujeta a una autorización precedente de la autoridad. Así, en las formas clásicas de censura, 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. Este tipo de prácticas se encuentra terminantemente prohibido por la Convención Interamericana y por la Constitución.

Sobre el particular la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 13, respecto de la libertad de pensamiento y expresión y la censura previa, establece:

" 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.*

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional." Negrilla fuera de texto.

En este sentido, tanto en la legislación interna (art. 20 CP) como internacional (art.13 Convención Interamericana de Derechos Humanos) se encuentra prohibida la censura previa, salvo la excepción contemplada en el No. 4 de la Convención antes citada, considerándose de este modo que cualquier responsabilidad que se pueda presentar en virtud de ejercer el derecho de la libertad de expresión e información, debe ser después de su difusión y no antes.

²⁷ Ver, entre otras, las sentencias T-512 de 1992, T-050 de 1993 y T-563 de 1993.

Sobre las responsabilidades ulteriores, la Corte IDH ha establecido que es procedente que quien se sienta afectado en su honra o reputación, como consecuencia del ejercicio abusivo de la libertad de expresión, ya sea de un particular o de un periodista, acuda a los mecanismos que dispone el estado para su protección²⁸, es más, dentro de nuestro ordenamiento no solo se encuentra la obligación de rectificar, sino que también puede acarrear responsabilidad civil o penal del comunicador o del medio en el que se difunde tal información²⁹.

Ahora, es de precisar que otra cosa muy diferente es que la ley restrinja previamente que se difundan ciertos contenidos, pero no someta las publicaciones a controles preventivos o autorizaciones previas sino que establezca sanciones para quienes infrinjan esa prohibición. En efecto, 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 necesarias para defender ciertos bienes constitucionales. Es más, este tratado precisamente exige que toda restricción a la libertad de expresión haya sido previa y claramente definida en la ley, como un requisito de seguridad jurídica, que refuerza la protección a esta libertad, en la medida en que evita castigos *ex post facto* en este campo. Así lo ha entendido claramente la Corte Interamericana, quien ha señalado que las restricciones fundadas en la imposición de sanciones ulteriores se ajustan a la Convención sólo si las causales de responsabilidad están "previamente establecidas" en la ley, por medio de una "definición expresa y taxativa"³⁰.

Una cosa es entonces una prohibición previa, pero que genera responsabilidades ulteriores, que es legítima, y otra diversa es la censura previa de una publicación o de una emisión radial, que se encuentra proscrita por la Constitución y la Convención Interamericana.

En virtud del artículo 20 constitucional, la Corte Constitucional ha sido enfática en considerar que la censura previa es inconstitucional. Al respecto, también la Corte Interamericana dijo:

El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.

El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido³¹.

La Corte Constitucional³² ha señalado que "varios tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, los cuales en virtud de su artículo 93 prevalecen en el orden interno y son criterio de interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, contemplan el derecho a la libertad de expresión. El artículo

²⁸ Sentencia C 592 de 2012.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-489 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, fundamento jurídico N° 3.4.

³⁰ *Ibidem*, parr. 39.

³¹ Corte Interamericana. Opinión Consultiva No 5. Párrs 38 y 39.

³² Corte Constitucional. Sentencia C 650 de 2003.

19³³ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce ampliamente la libertad de expresión. No obstante, admite en su numeral 3 ciertas restricciones fijadas por ley, pero sólo las que sean necesarias para asegurar los objetivos allí dispuestos. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁴ consagra la libertad de expresión en su artículo 13,³⁵ prohíbe la previa censura y precisa que toda responsabilidad debe ser posterior, fijada en la ley y la estrictamente necesaria para asegurar los objetivos establecidos en su numeral 2, literales a y b. Además, el numeral 3 del mencionado artículo prohíbe la restricción por vías o medios indirectos:

*3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*³⁶

La libertad de pensamiento y expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención integra un derecho tanto individual como colectivo,³⁷ la Corte Interamericana precisó que las dos dimensiones del derecho deben ser garantizadas simultáneamente. Concretamente indicó que “no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.”

2.5 Uso público del espectro electromagnético como vehículo para el ejercicio del derecho de libertad de expresión e información.

Sobre el espectro electromagnético la Corte Constitucional en sentencia T 081 de 1993, sostuvo que técnicamente es una franja de espacio que se encuentra alrededor de la tierra en la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. La importancia de este bien está en que es útil para la comunicación de información e imágenes a corta y larga distancia.

³³ Dice el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. || 2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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. || 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: || (a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; || (b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

³⁴ Adoptada internamente mediante Ley 16 de 1972 y ratificada el 28 de mayo de 1973.

³⁵ “Artículo 13.- Libertad de Pensamiento y de Expresión. || 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 la reputación de los demás, o || b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. || 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. || 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. || 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

³⁶ La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales consagra en su artículo 10 la libertad de expresión en los siguientes términos: Artículo 10 (1). Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber ingerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. (2). El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

³⁷ Al respecto la Corte Interamericana señaló: “(...) las dos dimensiones de la libertad de expresión (...), 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.”

Así, el artículo 75 de la Constitución Política ha clasificado al Espectro electromagnético como un bien público inenajenable e imprescriptible, que se encuentra sujeto al control y gestión del Estado. También, establece que se debe garantizar, primero, la igualdad de oportunidades para el acceso a su uso en los términos que establezca la ley, y segundo, el pluralismo informativo y la competencia, razón por la cual el Estado también intervendrá por mandato de la ley para evitar prácticas monopolísticas del uso de este bien público.

Entonces, se justifica la intervención del Estado a través de la ley, en las actividades que hacen uso de este bien público, dado que este debe garantizar los principios de pluralismo informativo, democracia participativa, igualdad y libre competencia. Es por ello, precisamente, que las transmisiones de televisión al ser realizadas a través del espectro electromagnético, deben ser reguladas y vigiladas por el Estado, en palabras de la Corte Constitucional “corresponde, entonces, al legislador y a la Comisión Nacional de Televisión administrar de tal manera el uso de un bien público, con calidad de escaso, que asegure verdaderamente -al Estado como a los particulares- la posibilidad de acceder a su utilización, en condiciones que garanticen los principios de competencia y pluralismo consagrados expresamente por el Constituyente.” (C-445 de 1997).

No obstante, esta potestad regulatoria no es ilimitada, dado que el legislador se encuentra sometido a los tratados internacionales conforme a lo dispuesto en el artículo 93 CP, donde se garantizan derechos fundamentales tanto del emisor como del receptor de la información (T 081/93)

Sobre el asunto el Consejo de Estado³⁸, sostuvo:

“10.6.- En este orden de ideas, tiene claro el Despacho que la administración del espectro electromagnético por parte del Estado, en tanto bien público, impone la aplicación de criterios estrictamente necesarios, claros, objetivos y expresamente establecidos en la ley de modo tal que se garantice, de manera real, la posibilidad a los interesados de acceder a su uso o concesión en ejercicio de su derecho humano fundamental a la libertad de expresión.

10.7.- Por consiguiente, se opone a la libertad de expresión las exigencias adicionales en materia de acceso al espectro electromagnético que no encuentran soporte en la Ley o, inclusive, aquellas que aún estando allí consagradas no consulten los criterios de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad. Dicho con otras palabras, se trata de una competencia que ineludiblemente debe ser acompañada con parámetros convencionales y constitucional en materia de libertad de expresión³⁹.

10.8.- Así, se reitera que todo tipo de requisitos fijados en la Ley para el acceso al uso del espectro electromagnético, bien sea económicos o técnicos, debe ajustarse necesariamente a la razonabilidad que se deriva de la libertad de expresión. Cualquier actuación al margen de dichos parámetros constituirá una restricción indirecta a dicho derecho y, por tanto, una grave y protuberante violación a los principios convencionales y constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho.”

³⁸ Sección Tercera-Subsección C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, auto del 13 de mayo de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057).

³⁹ Al respecto la Comisión Interamericana en Comunicado No. 29/07 de 25 de mayo de 2007 señaló: “La Comisión reconoce que el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente términos de duración de las concesiones y de decidir sobre su renovación a la finalización de los plazos respectivos. Tal potestad, sin embargo, debe ser ejercida tomando en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, que incluyen garantizar el derecho a expresar ideas y pensamientos de toda índole por una diversidad de medios de comunicación sin que se adopten restricciones directas o indirectas al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tal como lo establece el artículo 13 de la Convención Americana. Por las razones anteriores, la CIDH considera que en los concursos o en la adjudicación directa de licencias de uso del espectro radioeléctrico los Estados deben procurar, bajo el principio de igualdad de oportunidades, procedimientos abiertos, independientes y transparentes que contengan criterios claros, objetivos y razonables, que eviten cualquier consideración de política discriminatoria por la línea editorial del medio de comunicación.”

En este sentido, es claro que si bien es cierto la Constitución permite que el Estado regule temas relacionados con el espectro electromagnético, también es cierto que esta regulación se encuentra sometida no solo a garantizar los principios de pluralismo informativo, democracia participativa, igualdad y libre competencia, sino también a respetar los parámetros convencionales relacionados con la libertad de expresión.

2.6 Propaganda comercial y libertad de expresión.

Ahora bien, es importante comprender que los derechos de naturaleza económica relacionados con la empresa y los bienes patrimoniales, también tienen protección constitucional y para su efectivo ejercicio en el ámbito del mercado y la circulación de mercancías tienen una relación con la libertad de expresión e información, pues la propaganda comercial es una de las formas o mecanismos mediante el cual se puede ejercer dichos derechos.

En un principio, la Corte Constitucional consideró que “una lectura literal del artículo 13 de la Convención Interamericana o del artículo 20 de la Carta, sugiere que la propaganda comercial se encuentra plenamente protegida por las garantías propias de la libertad de expresión, pues ambas disposiciones señalan que las personas tienen derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole”⁴⁰.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional cambió su postura, respecto a la publicidad comercial en el marco de la libertad de expresión, para señalar que aquella no goza del mismo grado de protección jurídica que la libertad de expresión y que respecto a ella, el Estado puede ejercer un control más intenso. Expresamente se dijo⁴¹:

*Entre la libertad de expresión, considerada como garantía constitucional, y la publicidad comercial existe una **diferencia ontológica** en virtud de la cual esta última no goza del mismo grado de protección jurídica y respecto de ella el Estado puede ejercer un control más intenso.*

Según el artículo 78 superior, la ley regula la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios; así, la Constitución permite y ordena una regulación en esta materia atendiendo a su naturaleza mercantil y al ánimo de lucro que le es inherente, sin que el constituyente dedique textos similares en cuanto a la difusión de ideas políticas, religiosas o de índole similar. Es decir, desde la Carta Política hay una marcada diferencia entre la libertad de expresión como postulado que identificó al Estado liberal y la difusión de mensajes comerciales o publicitarios, respecto de los cuales el control es ontológicamente diferente y, por ende, más estricto.

La regulación de la propaganda comercial hace parte de la “Constitución económica”, entendida ésta como el conjunto de normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad productiva.

La publicidad está vinculada con la actividad productiva y de mercadeo de bienes y servicios, constituyendo al mismo tiempo un incentivo para el desarrollo de los actos comerciales. En este orden, la publicidad es desarrollo del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad económica, antes que aplicación de la libertad de expresión, razón suficiente para que la publicidad y la propaganda comercial estén sometidas a la regulación de la “Constitución económica”, lo que supone, como se ha dicho, un mayor control.

La libertad de expresión en su genuina naturaleza no proyecta efectos patrimoniales, ella es una proyección orgánica de las libertades de la persona, particularmente de la libertad de pensamiento, como también de la libertad de reunión y de asociación. El

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C 010 de 2000.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C 592 de 2012.

vínculo entre estos derechos es evidente: pensar libremente, expresar lo que se piensa y hacerlo grupalmente para compartir ideas políticas, religiosas o similares, las cuales en sus orígenes filosóficos no estuvieron relacionadas con actividades económicas ni con el ánimo de lucro⁴².

Para la Sala, la publicidad y la propaganda comercial no gozan del mismo grado de protección constitucional que la libertad de expresión y los contenidos que a ésta le son propios, toda vez que la libertad de expresión cuenta con un lugar prevalente en nuestro sistema democrático, siendo una garantía para la vigencia de una opinión pública libre y adecuadamente informada; la opinión pública libre es presupuesto estructural del Estado de derecho, de la democracia participativa y del pluralismo; la libertad de expresión en su esencia es mecanismo para controlar el ejercicio del poder y hacer posible la deliberación ciudadana sobre asuntos de interés general.

De su parte, la publicidad comercial está orientada a estimular ciertas transacciones económicas, sin que esté inescindiblemente vinculada con la transmisión de ideas políticas, ni con el control al ejercicio del poder, como tampoco con la formación de una opinión pública libre consustancial a la democracia. Por esta razón, la ley puede regular y controlar de manera más intensa tanto el contenido como el alcance de los actos relacionados con la divulgación de la propaganda comercial.

Con todo, la regulación sobre la publicidad y la propaganda comercial son conformes con la Constitución si constituyen un medio adecuado para alcanzar un objetivo estatal legítimo; es decir, la norma que regule la difusión de propaganda comercial será inexecutable sólo si vulnera derechos fundamentales, recurre a categorías discriminatorias, viola mandatos constitucionales o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas⁴³.

En conclusión, entre el derecho de expresión y la publicidad hay una diferencia “ontológica”, son entidades de naturaleza constitucional y jurídica distintas, pues mientras la una es condición y manifestación de la persona humana (Art. 20 CP), la otra es manifestación de las libertades económicas y de empresa (Art. 78 y 333 CP). Ahora, frente a los eventuales conflictos entre estos dos derechos fundamentales, sin duda debe prevalecer el derecho fundamental a la información, máxime si se encuentra involucrada la salud de las niñas, niños y adolescentes, sin que ello implique que los derechos económicos o empresariales queden anulados, por lo tanto, tendrá que decidirse, a partir de la ponderación y para efectos de su protección, el peso que debe dársele a cada uno de los derechos⁴⁴.

2.7. Diferencia entre publicidad e información en el Estatuto del Consumidor.

Vale la pena precisar que la publicidad es definida por el numeral 12 del artículo 5 del Estatuto del Consumidor, indicando que así se califica toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo. A su vez, la publicidad engañosa es definida en el numeral 13 de la misma disposición estableciendo que es aquella cuyo mensaje no corresponde a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.

Por su parte, el artículo 30 de la misma Ley 1480 prohíbe la publicidad engañosa y señala que el anunciante será responsable de los perjuicios que cause con ella. A renglón seguido establece que el medio de comunicación será responsable solidariamente **solo si se comprueba dolo o culpa grave.**

⁴² Acerca de esta materia pueden ser consultadas las sentencias C-445 de 1995, C-176 de 1996 y C-010 de 2000.

⁴³ Cfr., sentencias C-265 de 1994 y C-445 de 1995.

⁴⁴ Ver Bernal, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. Barak, Aharon. Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Palestra Editores, Lima, 2017.

Así las cosas, los medios de comunicación serán responsables de los perjuicios que se deriven de tal tipo de publicidad en aquellos eventos en los que su comportamiento pueda ser calificado como doloso o gravemente culposo.

Ahora, esta misma ley establece como uno de los derechos del consumidor y los usuarios el derecho a informar: “Los consumidores, sus organizaciones y las autoridades públicas tendrán acceso a los medios masivos de comunicación, para informar, divulgar y educar sobre el ejercicio de los derechos de los consumidores”. (Art. 3.1.10). Y en el numeral 7º del artículo 5º, define la información como: “Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, **así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.**” Negrilla fuera de texto.

Obsérvese que el mismo Estatuto del Consumidor distingue entre lo que es la información -como derecho- y lo que es la publicidad. En éste ámbito, también, se impone la obligación de informar sobre los “riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización”, de los bienes y servicios puestos a disposición del consumidor o usuario.

2.8 Del derecho a la Salud pública de los niños y de su derecho a la información.

Los niños como sujetos especiales de protección constitucional tienen reconocidos los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, entre otros, derechos que prevalecen sobre los demás. Igualmente la familia, la sociedad y el Estado se encuentran obligados a asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías, tal como lo establece el artículo 44 de la Constitución Política.

También, estos derechos han sido protegidos y reconocidos por tratados internacionales ratificados por Colombia, y que hacen parte del bloque de constitucionalidad en los términos del artículo 93 CP.

En este orden de ideas, encontramos los siguientes tratados que regulan en especial el derecho a la salud e información de los niños, niñas y adolescentes, así:

*i) Convención sobre los derechos del niño, en su artículo 17, establece que los Estados parte reconocerán la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque **el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la relativo a la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.***

*ii) Declaración de los Derechos del Niño, en su artículo 4 dispone que el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. También **tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud. Igualmente establece que el niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.***

iii) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el numeral 2º del artículo 12 se establece la obligación de los Estados partes de adoptar medidas necesarias para "la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños"

Por su parte, en nuestra legislación interna, sobre las responsabilidades en salud y en los medios de comunicación en cuanto a los niños y niñas, encontramos la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual establece:

" ARTÍCULO 46. *Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes:*

*1. Diseñar y desarrollar programas de prevención en salud, en especial de vacunación, complementación alimentaria, suplementación nutricional, **vigilancia del estado nutricional y mejoramiento de hábitos alimentarios.(...)** "*

" ARTICULO 47. *Los medios de comunicación, en el ejercicio de su autonomía y demás derechos, deberán:*

*1. Promover, **mediante la difusión de información**, los derechos y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes, así como su bienestar social y **su salud física y mental.***

2. El respeto por la libertad de expresión y el derecho a la información de los niños, las niñas y los adolescentes.

3. Adoptar políticas para la difusión de información sobre niños, niñas y adolescentes en las cuales se tenga presente el carácter prevalente de sus derechos.

(...)

PARÁGRAFO. *Los medios de comunicación serán responsables por la violación de las disposiciones previstas en este artículo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá hacerse parte en los procesos que por tales violaciones se adelanten contra los medios.*

Entonces, conforme a la normatividad citada, es claro que los niños y las niñas como sujetos de especial protección, gozan de un régimen de protección especial, establecido, tanto en la Constitución Política como en los tratados internacionales, donde el Estado es el primer llamado a responder y a garantizar de la efectividad de estos derechos, para lo cual deberá implementar las medidas que considere necesarias y pertinentes, teniendo siempre presente que los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás. Es tan claro este postulado que la Ley Estatutaria de la Salud, Ley 1751 de 2015, dispuso en su artículo 5º las obligaciones del Estado relacionadas con el "goce efectivo del derecho fundamental a la salud", dentro de las cuales se encuentra la de "formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales." Este imperativo, cuando se trata de la salud de las niñas, niños y adolescentes, se hace superior y especial.

2.8. De las Funciones de la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV.

La ANTV, es una agencia nacional estatal que tiene naturaleza especial, dotada de personería jurídica y autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica. Dentro de sus objetivos se encuentra brindar herramientas para la ejecución de los planes y programas de la prestación del servicio público de televisión, velar por el acceso a la

televisión, garantizar el pluralismo y la imparcialidad informativa, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, así como evitar prácticas monopolísticas en la operación y explotación de la televisión. La ANTV, igualmente, es el principal interlocutor con los usuarios del servicio de televisión en lo que tiene que ver con la difusión, protección y defensa de los intereses de los televidentes y dirige su actividad dentro del marco jurídico, democrático y participativo que garantiza el orden político, económico y social de la Nación (art. 2º de la Ley 1507 de 2012)

En cuanto a las funciones de esta entidad, se tiene que por razón de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1507/12, la Agencia mantuvo la competencia que el literal b) del artículo 5º de la Ley 182 atribuía originalmente a la suprimida Comisión Nacional de Televisión, esto es, la de *“adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para estos efectos, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión; exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sin que le sea oponible la reserva o inviolabilidad de los mismos; e imponer las sanciones a que haya lugar”*. Además, están a su cargo las funciones de *“dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión determinada en la ley”*⁴⁵ (art. 10 ley 1507 de 2012), y las de: : i) ejecutar los actos y contratos propios de su naturaleza para el cumplimiento de su objeto; ii) adjudicar las concesiones, licencias de servicio y espacios de televisión, de conformidad con la ley; iii) Coordinar con la ANE los asuntos relativos a la gestión, administración y control del espectro radioeléctrico; iv) Diseñar e implementar estrategias pedagógicas para que la teleaudiencia familiar e infantil puedan desarrollar el espíritu crítico respecto de la información recibida a través de la televisión; v) Sancionar cuando haya lugar a quienes violen con la prestación del servicio público de televisión, las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños; vi) Asistir, colaborar y acompañar en lo relativo a las funciones de la ANTV, al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la preparación y atención de las reuniones con los organismos internacionales de telecomunicaciones en los que hace parte Colombia; vii) Asistir al Gobierno Nacional en el estudio y preparación de las materias relativas a los servicios de televisión; viii) La ANTV será responsable ante el Congreso de la República de atender los requerimientos y citaciones que este le solicite a través de las plenarios y Comisiones; ix) Velar por el fortalecimiento y desarrollo de la TV Pública; y x) Promover y desarrollar la industria de la televisión (art. 3º ib)

2.9. Definición y elementos del precedente jurisprudencial.

El precedente jurisprudencial realiza dos principios esenciales como son la igualdad y la universalidad, pues por una parte el ciudadano tiene el derecho fundamental a la igualdad de trato en cuanto a casos semejantes ya decididos por el juez y éste a su vez suscribe el compromiso al momento de proferir una sentencia de comportarse o seguir las subreglas establecidas en casos anteriores cuando en el futuro se presenten las mismas condiciones fácticas y jurídicas.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha advertido que el problema de relevancia constitucional en el manejo de los precedentes judiciales surge cuando, en

⁴⁵ Literal b) del mismo artículo 5º de Ley 1507 de 2012.

franco desconocimiento del derecho a la igualdad y tomando como fundamento la autonomía e independencia judicial⁴⁶, **los jueces adoptan decisiones disímiles frente a casos semejantes**⁴⁷. La importancia de este problema fue puesta de presente en la sentencia T-698 de 2004⁴⁸:

Este fenómeno de la contradicción en sede judicial, a pesar de que se considere por algunos como una reflexión meramente fútil o parte de un anecdotario judicial, es en realidad una circunstancia grave para una comunidad que se precia de buscar la seguridad jurídica. No debe olvidarse que de los fallos judiciales superiores, dependerán evidentemente otras definiciones judiciales en otras instancias, al igual que el "estado del arte" sobre un tema específico o sobre la aplicación normativa en casos concretos, aspectos que involucra no sólo a las partes, sino a los jueces inferiores, los demás operadores jurídicos, los litigantes, la doctrina e incluso la jurisprudencia futura de un organismo judicial. Es decir, los fallos de las autoridades llamadas a asegurar la protección de los derechos de las personas, o llamadas a definir la interpretación normativa para casos concretos, delimitan parte del engranaje del ordenamiento jurídico. De allí que, sentencias contradictorias de las autoridades judiciales en circunstancias en que aparentemente debería darse un trato igualitario, generan indefinición en elementos del ordenamiento y favorecen la contradicción o el desconocimiento del derecho a la igualdad de los asociados.

Por su parte, en cuanto al respeto al precedente como límite de la actividad judicial, en particular la Corte Constitucional ha señalado que está dado por las razones de derecho con base en las cuales un juez resuelve un caso concreto.⁴⁹ Igualmente ha dicho que es un asunto que adquiere relevancia constitucional pues en aras de garantizar el derecho a la igualdad, los jueces "deben decidir los casos futuros de una manera idéntica a como fueron decididos los casos anteriores." **Finalmente ha explicado que el problema surge cuando dos casos en principio similares son resueltos de manera diferente.** Es preciso distinguir, sin embargo, cuáles son los argumentos jurídicos que constituyen el precedente y que, por tanto, resultan vinculantes y deben ser atendidos para resolver casos futuros.⁵⁰

Al respecto, ha explicado la Corte **qué elementos del precedente son los que vinculan particularmente al juez**, para lo cual ha precisado que usualmente, las sentencias judiciales están compuestas por tres partes:

- a. La parte resolutive o decisum, que generalmente sólo obliga a las partes en litigio;
- b. La ratio decidendi que puede definirse como "la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive."; y
- c. Los obiter dicta o dictum que son "toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario."⁵¹

⁴⁶ Sobre este punto, en la citada sentencia C-836 de 2001, la Corte concluyó: "para interpretar correctamente el concepto de sometimiento de los jueces a la ley y establecer el nivel de autonomía que tienen para interpretar el ordenamiento, el juez constitucional debe partir de la premisa de que las potestades y prerrogativas otorgadas a las autoridades estatales en la parte orgánica de la Constitución están sometidas a un principio de razón suficiente. En esa medida, la autonomía e independencia son garantías institucionales del poder judicial, que se legitiman constitucionalmente en tanto que son necesarias para realizar los fines que la Carta les asigna".

⁴⁷ Cabe advertir que, en criterio de la Corte, no toda divergencia interpretativa en este ámbito constituye una vía de hecho. Al respecto, en la sentencia T-302 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se precisó: "la Corte Constitucional ha sido unánime al señalar que siempre que la interpretación normativa que los operadores jurídicos hagan de un texto legal permanezca dentro del límite de lo razonable, la mera divergencia interpretativa con el criterio del fallador no constituye una vía de hecho. (...) Por tanto, no es dable sostener que la interpretación que hacen los operadores judiciales de las normas, se torna violatoria de derechos fundamentales por el solo hecho de contrariar el criterio interpretativo de otros operadores jurídicos, e incluso de los distintos sujetos procesales."

⁴⁸ M.P. (E): Rodrigo Uprimny Yepes.

⁴⁹ T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁰ Sentencia T-916 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵¹ Sentencia SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

En consecuencia, **es la ratio decidendi que es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial** que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares⁵², esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan.⁵³ **De manera que la ratio decidendi expresada en el precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces.**⁵⁴

DEL CASO CONCRETO

De los derechos invocados. La parte demandante solicita que sean tutelados sus derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de información y la igualdad, así como los derechos fundamentales y prevalentes de los niños, niñas y adolescentes a recibir información necesaria para tomar decisiones de consumo que les permita proteger su derecho a la alimentación equilibrada, a la salud y a la vida, y en consecuencia, se ordene a las accionadas emitir el código correspondiente y garantizar la difusión del mensaje informativo de RED PAPAZ en los espacios concesionados; entre otras pretensiones.

El *A quo* consideró que el requerimiento realizado por las accionadas a RED PAPAZ como condición para publicar su mensaje, el cual no se encuentra contemplado en ninguna ley, constituye una censura previa que está proscrita dentro de nuestro ordenamiento jurídico, razón por la que amparó los derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de información en conexidad con los derechos de la niñez, y en consecuencia ordenó a los canales privados de TV RCN y Caracol, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación dispongan lo pertinente para la emisión del mensaje informativo de RED PAPAZ, en los espacios televisivos dispuestos para el efecto; igualmente instó a la Autoridad Nacional de Televisión que dentro del marco de sus funciones y competencias, proceda a verificar el cumplimiento de esta orden.

La parte demandada presentó impugnación, sosteniendo i) que se le vulnera su derecho fundamental a la información, obligándolo a emitir contenido contra su voluntad, cuando la sentencia T 391 de 2007, es clara en establecer que cada medio de comunicación es autónomo para decidir cuáles contenidos emite y cuáles no, ii) se debe observar que la Ley 182 de 1995, Ley 29 de 1944 y la Ley 1480 de 2011, establecen como postulado la veracidad, tanto en la información como en la publicidad, para que esta no sea engañosa, por lo que es pertinente requerir a RED PAPAZ para la veracidad y objetividad del mensaje que persigue sea transmitido, iii) es permitido el requerimiento realizado a Red Papaz, para efectos de ejercer debidamente el derecho de defensa frente a la responsabilidad que se pueda incurrir por publicidad engañosa (art. 30 de Ley 1480 de 2011), iv) el mensaje que quiere difundir la accionante es de publicidad y no de información, pues esta busca influir en las decisiones del consumo, y v) se desconoce el precedente jurisprudencial.

Por su parte, la vinculada Autoridad Nacional de Televisión ANTV, también impugna la

⁵² Sobre el particular, en las sentencias T-766 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se sostuvo: "el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que, al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso (sentencia T-649 de 2007)."

⁵³ En relación con el contenido de la *ratio decidendi* en la sentencia T-117 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández la Corte señaló que "i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella". Igualmente consultar T-569 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁴ Sentencia T-918 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

decisión ya que no fue quien vulneró los derechos fundamentales reclamados en protección y carece de competencia para exigir la emisión del contenido aquí reclamado.

Principio de inmediatez. La solicitud de amparo cumple con el requisito de la inmediatez, en la medida que las demandadas requirieron a RED PAPAZ a través del oficio No. GER MIA 007-18 del 8 de mayo de 2018, para que allegara documentos donde la OPS define “comida chatarra” y los estudios científicos que soporten que los productos de jugos, cereales, entre otros, están clasificados como comida chatarra, esto con el fin de emitir la codificación del comercial denominado “red papazferencia -2 Etiquetado” de 30” (fl. 55 a 56 Cp1); la acción de tutela se interpuso el 18 de mayo de 2018 (fl.77 Cp1); por ende la demanda fue presentada dentro de un tiempo razonable para la protección de sus derechos.

De la procedencia de la acción de tutela. La presente acción de tutela es procedente, dado que i) conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵⁵, procede la acción de tutela contra un particular, frente a los medios de comunicación, dado el estado de indefensión⁵⁶ en que se encuentran los demandantes respecto de empresas que ostentan una posición dominante sobre la divulgación o publicación de información relevante para la comunidad en general y para los NNA en particular, sin posibilidad de respuesta efectiva a sus derechos vulnerados y sin mecanismo de protección alguna; y ii) la parte actora no cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz dentro del ordenamiento para la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados, como lo es el derecho a la libertad de expresión e información, pues no existe acción o recurso que permita proteger estos derechos, máxime que las entidades demandadas no han dado una respuesta de fondo sobre la emisión que se pretende sea transmitida, ya que simplemente requirieron a los demandantes.

Ahora, por otro lado resulta ser necesaria la intervención del Juez Constitucional, ya que el objeto de la transmisión del mensaje, además de generar una conciencia crítica en el televidente respecto de la publicidad que recibe a través del servicio público de televisión, es también generar polémica y discusión sobre los proyectos de ley que están trámite en este momento en el Congreso de la República (Proyecto de Ley 019 de 2017; con el cual se busca que los productos comestibles ultra procesados, tengan una etiqueta que brinde información clara, veraz y visible sobre el contenido de los productos y además indique si estos son altos en azúcar, grasas saturadas o sodio; y proyecto Ley 022 de 2017, este dirigido a que se establezcan restricciones a la publicidad de los productos comestibles ultra procesados, en especial la dirigida para NNA, quienes no tienen la posibilidad de diferenciar la publicidad de la información, esto en aras de garantizar el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes).

De las actuaciones realizadas por parte de las demandadas.

Se encuentra demostrado que el 25 de abril de 2018, Red Papaz a través de Pezeta Publicidad S.A.S, solicitó a la CCNP que emitiera el código correspondiente para pautar el mensaje informativo con nombre comercial “ RED PAPAZ” referencia “ ETIQUETADO” de

⁵⁵ Sentencia T 546 de 2016.

⁵⁶ “el estado de indefensión se puede configurar cuando los medios que existen para hacer frente a la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales son insuficientes o cuando simplemente el sujeto agredido no cuenta con mecanismos para su protección. En efecto la Corte desde sus primeros estudios al respecto, en sentencia T-290 de 1993 indicó que la situación de indefensión “(...) no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate (...)” Citado en sentencia T 546 de 2016

duración 30 segundos, en los canales Caracol Televisión S.A y RCN Televisión S.A, junto a lo anterior se anexo recibo de consignación por valor de \$ 602.140.00 (fls . 5 a 53 Cp1)

El mensaje que se pretende sea publicado en los canales Caracol Televisión S.A y RCN Televisión S.A, por parte de RED PAPAZ, fue allegado en DVD, el cual en su audio dice:

"La publicidad de productos ultra procesados induce a nuestros hijos a su consumo habitual, estos productos incrementan el riesgo de obesidad, generan malos hábitos alimenticios desde la infancia y aumentan el riesgo de aparición temprana de diabetes y otras enfermedades graves en la edad adulta.

Uno de cada 6 niños en Colombia tiene exceso de peso, basta, no comas más mentiras, ni se las des a tus hijos, saquemos la publicidad de comida chatarra de su mundo. Una campaña de Red Papaz" (fl. 57 Cp1)

Como textos que aparecen dentro de este mensaje diferente a lo dicho en el audio, son:

" basado en estudios OPS (2016) Y OMS (2016)"

" Basado en estudios realizados por Mc Alister & Cornwell(2012) y Otten at. al (2012)"

" riesgos de enfermedades del corazón en edad adulta"

" Para efectos de esta campaña se entiende como comida chatarra como productos ultra procesados"(fl. 57)

En consecuencia de lo anterior, a través del oficio No. GER MIA 007-18 del 8 de mayo de 2018, el Gerente General de Medios y Servicios Integrados, previo a emitir la codificación del comercial, requirió a RED PAPAZ, de la siguiente manera:

"a continuación realizamos las siguientes aclaraciones, respecto a la codificación del comercial denominado " red papazreferencia " etiquetado" de 30":

En desarrollo de la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, de manera más atenta le manifestamos que no encontramos en los documentos de la Organización Panamericana de Salud (OPS) consultado por nosotros, especialmente en los del año 2016, la definición de comida chatarra que alude el mensaje que se pretende difundir cuando dice que: " (...) Se entiende como comida chatarra como productos ultra procesados altos en azúcar, grasas saturadas o sodio, según criterio de la OPS 2016" y al mismo tiempo aparece el crédito " SAQUEMOS LA PUBLICIDAD DE LA COMIDA CHATARRA DE SU MUNDO"

Por lo tanto, apreciaríamos que nos remitan el documento donde la OPS define la comida chatarra, en la forma como está expresada en el mensaje que se pretende difundir.

Por otra parte, aun cuando el mensaje no se refiere explícitamente a marcas específicas de productos, las imágenes proyectadas en el mismo sin duda alguna aluden, implícitamente, a cereales, jugos, gaseosas, aguas, papas

fritas, etc., por lo cual sería muy importante que la organización que usted representa nos suministre los estudios o soportes científicos en los cuales se diga que todos los productos que pertenecen a esas categorías están clasificados como comida chatarra.

Lo anterior por cuanto, como es de su conocimiento, la Ley 1480 de 2011 proscribire la publicidad engañosa entendiendo por la misma el mensaje que no "... corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión" (fl. 55 a 56 Cp1)

De la vulneración del derecho a la libertad de expresión e información por parte de Caracol TV y RCN TV (entidades que conforman el Consorcio Canales Nacionales Privados CCNP)

Conforme al precedente antes expuesto, la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por Colombia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han sido enfáticos en garantizar de forma efectiva los derechos fundamentales de la libertad de expresión, de información y de prensa, haciendo énfasis en la prohibición de censura frente a los mismos por cuanto existen las responsabilidades ulteriores, pero además dejando claro que este derecho no es absoluto, y tiene límites, como lo son: (i) para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas (iii) para proteger y asegurar, en ciertos casos concretos, otros bienes constitucionales, como el orden público o los derechos a la intimidad o al buen nombre y (iv) en los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

Frente a este tema, la Corte Constitucional establece que toda limitación de la libertad de expresión se presume sospechosa, por ende debe someterse la misma, a un juicio estricto de constitucionalidad⁵⁷, donde se debe verificar si la restricción que pretende imponerse:

- "i) Esté prevista en la ley;
- (ii) persiga el logro de ciertas finalidades imperiosas, que han de estar relacionadas con el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas;
- (iii) sea necesaria para el logro de dichas finalidades; y
- (iv) no imponga una restricción desproporcionada en el ejercicio de la libertad de expresión.

Adicionalmente, es preciso verificar que

- (v) la medida restrictiva sea posterior y no previa a la expresión objeto del límite, como también, el que
- (vi) no constituya censura en ninguna de sus formas, lo que incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita."⁵⁸

⁵⁷ Debe ser este juicio estricto "debido a la importancia del derecho a informar y el derecho de los consumidores a recibir información, el cual cumple varias funciones esenciales en nuestro ordenamiento, "(i) en primer lugar, garantiza el derecho de los consumidores a la información relevante sobre los productos alimenticios que consumen, dándole sentido al núcleo esencial de su derecho a la información. (ii) En segundo lugar, habilita a los consumidores a elegir de una manera libre los productos alimenticios que deseen consumir, 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. En tercer lugar, (iii) 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. [y] (iv) cumple una función instrumental, al facilitar el seguimiento a estos productos por parte de las autoridades correspondientes." Esto tomado de la sentencia T 543 de 2017.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencias C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico Nº 6. T-015 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico Nº 42. Y T 543 de 2017 MP. Diana Fajardo Rivera, Fundamento jurídico 6-4-2.

Descendiendo al caso en concreto es claro que los demandados con el oficio No. GER MIA 007-18 del 8 de mayo de 2018, con el cual requirieron a RED PAPAZ, para que previo a emitir el código correspondiente, necesario para transmitir el mensaje informativo a través de los canales de Caracol TV y RCN TV, allegaran i) el documento de la Organización Mundial de Salud que define la comida chatarra, a la cual se hace alusión en el mensaje a transmitir y ii) los soportes científicos en los cuales se diga que productos están clasificados como comida chatarra, fundamentándose en el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 sobre la responsabilidad solidaria por publicidad engañosa, se encuentran limitando la libertad de expresión de la sociedad RED PAPAZ⁵⁹, ya que, si bien es cierto, no han proferido una decisión de fondo negando la emisión del mensaje informativo, también es cierto que con el requerimiento realizado se está poniendo fin a la actuación impidiendo la transmisión del mensaje informativo.

Al presumirse entonces como sospechosa la aludida limitación al derecho de libertad de expresión, se procederá a realizar el juicio estricto de constitucionalidad, así:

i) En el escrito en que se condiciona la libertad de expresión, antes referenciado, se invoca como fundamento jurídico el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, respecto de la responsabilidad solidaria por publicidad engañosa, sobre este asunto, para esta Sala dicha norma no restringe la libertad de expresión, simplemente hace alusión a las responsabilidades ulteriores que pueden acarrear los medios de comunicación por publicidad engañosa, pero esto no quiere decir que la norma esté permitiendo un control previo a la información; además, cabe advertir que dicha norma no es aplicable para el caso en ciernes ya que nos encontramos frente a un mensaje informativo y no de publicidad. Sobre este punto, conforme a los antecedentes expuestos y las definiciones atrás citadas (ver acápite 2.6) se tiene que el mensaje allegado al expediente por parte de la demandante RED PAPAZ y el cual pretende sea transmitido, no se encuentra encaminado a promocionar algún producto con fines lucrativos como es el objeto de la publicidad, máxime que quien lo pretende transmitir es una entidad sin ánimo de lucro; antes por el contrario, lo que se pretende es advertir los riesgos que tiene en la salud de los niños, niñas y adolescentes, el consumo de los productos ultraprocesados y la publicidad de los mismos, razón por la cual, podemos concluir que este mensaje no tiene la connotación de publicidad sino de información.

Igualmente, no sobra señalar que el reparo de las demandadas va dirigido al contenido de la información debido al calificativo usado de “comida chatarra”, pues consideran que frente a las “implicaciones negativas que puede llegar a tener el contenido del mensaje respecto del comercio de productos lícitos y su publicidad –también una actividad lícita-, las sociedades”, las accionadas pueden ser responsables patrimonialmente (fol 115). Es claro para la Sala que esta preocupación es legítima pero también hay que advertir que al tratarse de un servicio público la televisión y estar en discusión derechos superiores como la información y la salud de las niñas, niños y adolescentes, donde el estado tiene compromisos y obligaciones constitucionales, convencionales y legales respecto de éstos, cualquier control previo sobre los contenidos en esta materia constituyen censura. No puede dejarse de lado que al ser concesionarios de un bien público y de un servicio público, como es la televisión y el espectro electromagnético, al tener este tipo de

⁵⁹ Sobre este derecho, la Corte Constitucional ha señalado que las personas jurídicas también son titulares del derecho de la libertad de expresión, puesto que el mismo no cobija únicamente a los medios de comunicación en tanto personas jurídicas, sino también a quienes se expresan a través de ellos. Sentencia T.391 de 2007.

conflictos entre derechos puramente económicos y los personales donde se encuentren involucrados derechos fundamentales de especial protección como es la salud de las niñas, niños y adolescentes, debe comportarse como garante de éstos derechos de manera preferente sin que ello implique desconocer los puramente económicos. Aceptar el control previo de los contenidos como lo sugieren las accionadas, también nos llevaría a que frente a la publicidad de los productos ultraprocesados se debía haber pedido todas las pruebas de veracidad que ellos anuncian, situación igualmente violatoria de la prohibición de la no "censura".

ii) Si bien se señala que la finalidad del requerimiento es evitar la publicidad engañosa y la responsabilidad solidaria de los medios de comunicación, no se argumenta de manera concreta y específica qué derechos se verían afectados por la transmisión de esta información; tampoco se alude a que la limitación obedece a la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. No demostrándose así una finalidad imperiosa constitucionalmente relevante.

iii) El requerimiento realizado por las demandadas con el cual se condicionó ilegítimamente el derecho a la libertad de expresión de RED PAPAZ, no era necesario para la finalidad pretendida, puesto que la responsabilidad solidaria a la que aluden los demandados, es ulterior a la publicación y debe ser sometida a un trámite en el cual se debe comprobar un actuar doloso o gravemente culposos atribuible a los canales accionados, por lo que no se hace necesario este requerimiento.

Además, si se pretendía que la información fuera veraz e imparcial, las demandadas no apoyaron su requerimiento en un sustento científico que afirmara todo lo contrario a lo que pretendía transmitir RED PAPAZ, pues este último en su mensaje hace referencia a "*basado en estudios OPS (2016) Y OMS (2016)*", y "*Basado en estudios realizados por Mc Alister & Cornwell(2012) y Otten at. al (2012)*". Y en todo caso, dicha información se encuentra sujeta a responsabilidades ulteriores.

iv) Con el aludido requerimiento se impone una restricción desproporcionada al ejercicio de la libertad de expresión, ya que no se le permite la transmisión del mensaje informativo en un momento donde se encuentran en discusión dos proyectos de ley sobre la materia donde la ciudadanía tiene el derecho a estar informada y la información sobre los productos ultraprocesados es necesaria para alimentar el debate público y pluralista, valores esenciales de nuestra democracia. Impedir en este contexto la transición del mensaje de "No comas mas mentiras", si bien tiene un contenido crítico y unas calificativos que las demandadas no comparten, de ninguna manera pueden convertirse en un mecanismo de control previo sobre dicho contenido pues frente a la abrumadora publicidad de los productos ultraprocesados en cada uno de los canales, el mensaje simplemente es una voz solitaria que muestra una realidad distinta y se convierte en un desacuerdo legítimo protegido convencional y constitucionalmente.

v) y vi) la medida restrictiva concretada con el requerimiento (oficio No. GER MIA 007-18 del 8 de mayo de 2018) se está realizando de forma previa a la transmisión del mensaje, lo que a todas luces, demuestra un control previo sobre el contenido de la información a transmitir, presentándose así una censura previa, la cual como se expuso anteriormente se encuentra proscrita por nuestro ordenamiento jurídico.

Realizado este juicio estricto, para la Sala es claro que las demandadas vulneraron el derecho a la información y el de la libertad de expresión a la accionante, tal como lo sostuvo el A quo, ya que con el requerimiento realizado con el oficio No. GER MIA 007-18 del 8 de mayo de 2018, tomaron medidas que no se encontraban autorizadas por la Constitución o la ley, igualmente aquellas no perseguían una finalidad imperiosa y no eran necesarias, además es claro que este requerimiento constituye una medida de censura al establecer un control previo sobre los contenidos que se pretendieran transmitir, razón por la cual, se deben proteger estos derechos fundamentales.

Así mismo, asume relevancia la protección más estricta de los derechos a la libertad de expresión e información dada la finalidad del mensaje a transmitir que es la prevención y promoción de la salud de las niñas, niños y adolescentes, frente a los alimentos ultra procesados y del derecho de aquellos a recibir información relacionada con su salud, donde los derechos de este grupo de personas debe prevalecer sobre el de los demás.

Igualmente, refuerza el argumento de protección de los derechos fundamentales atrás referenciados, la obligación del Estado de garantizar el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) en donde se incluye también el deber de garantizar el acceso a la información respecto a solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud, tal como lo refiere el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales.⁶⁰

De la repuesta a los argumentos de la impugnación presentada por las demandadas.

1) de la aplicación de la sentencia de T 391 de 2007, en lo que tiene que ver con que los medios de comunicación son autónomos para decidir el contenido que emiten y no emiten.

Para esta Subsección la interpretación realizada por el libelista es equivocada ya que esa sentencia hace referencia a un caso totalmente diferente al sub lite, además que dicha premisa no puede ser interpretada de forma aislada frente al caso que decidió la Corte constitucional, pues veamos:

La sentencia T 391 de 2007, trata de la vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de una sentencia judicial que consideró que con el programa radial “El mañanero de La Mega” se desconocía el derecho al acceso a una eficiente prestación de los servicios públicos, y los derechos de los usuarios, por lo que ordenó adecuar el contenido de este programa, razón por la cual, la Corte constitucional tuteló el debido proceso y la libertad de expresión de RCN, ya que con esta orden se incurre en una vía de hecho de carácter sustantivo, consistente en que el medio escogido para proteger los derechos de los menores potencialmente usuarios de la radio vulnera de manera directa el artículo 20 de la Constitución.

⁶⁰ Observación general Nº 14 (2000) “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” “cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”.

Entonces, la premisa a la que hace referencia la parte demandada, tiene que ver es con la protección de los derechos relacionados con la libertad de expresión en su dimensión individual a transmitir y difundir su mensaje de la manera en que mejor considere hacerlo, y a través del medio que elija para el propósito, por lo mismo, indica que “ **los directores o editores** de un medio masivo son los titulares del derecho a decidir qué se ha de divulgar a través de dicho medio” esto haciendo referencia únicamente a los programas que ellos directamente emiten, más no, al deber que tienen como medio de comunicación de transmitir la información que terceros requieren a través de ese Canal de Comunicación.

ii) Se debe observar que la Ley 182 de 1995, Ley 29 de 1944 y la Ley 1480 de 2011, establecen como postulado la veracidad, tanto en la información como en la publicidad, por lo que era viable el requerimiento realizado a RED PAPAZ.

Tampoco es de recibo este argumento, ya que las leyes antes referidas no permiten que se realice una censura previa a los mensajes de información, por tanto, el requerimiento realizado por las demandadas, solo se traduce en el desconocimiento del derecho a la libertad de expresión e información (art. 20 CP) y en la implementación de procedimientos que no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico, y que lo único que ocasionan es la afectación a estos derechos fundamentales.

iii) Es permitido el requerimiento realizado a Red Papaz, para efectos de ejercer debidamente el derecho de defensa frente a la responsabilidad que se pueda incurrir por publicidad engañosa (art. 30 de Ley 1480 de 2011).

El requerimiento realizado por las demandadas, no puede ser tenido como un instrumento de defensa frente a la responsabilidad por la publicidad engañosa contemplada en el artículo 30 de la ley 1480 de 2011, como quiera que el mismo por sí solo vulnera los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, además que no se encuentra contemplado en el ordenamiento jurídico. No se puede pasar por alto que la responsabilidad a la que hace alusión el precitado artículo obedece a una responsabilidad ulterior, por lo tanto, no se puede servir de justificación para la censura previa. Asimismo, existe una diferencia entre el derecho fundamental a la información cuando se trata de la protección de la salud de las niñas, niños y adolescentes, y la publicidad que se deriva de los derechos e intereses económicos y empresariales, máxime cuando el servicio de televisión es público y se presta mediante concesión y utilizando un bien público, razón por la cual debe pensarse que cumple este tipo de servicio por autorización del estado y como tal, frente a tensión de estos derechos, debe preferir el de las niñas, niños y adolescentes.

iv) El mensaje que quiere difundir la accionante es de publicidad y no de información, pues esta busca influir en las decisiones del consumo.

Como quedó expuesto en párrafos precedentes, el mensaje de RED PAPAZ es de información y no de publicidad.

v) Se desconoce el precedente jurisprudencial.

- Sentencia T 381 de 1994.

Se trata de una acción de tutela instaurada por el señor GERMÁN CALDERON LEGARDA actuando en calidad de Presidente del Comité Ejecutivo Nacional de la Sección Colombiana de Amnistía Internacional (ACAI), para reclamar la protección de sus derechos fundamentales al buen nombre y a la honra, los cuales consideró vulnerados por el Diario EL TIEMPO, al haber publicado en la página 13A de la edición del Diario El Tiempo del martes 22 de marzo de 1.994, un anuncio donde aparece la fotografía del niño Alexander Arias Pinto, mutilado el 28 de febrero de 1.994 por una mina unipersonal en San Vicente de Chucurí, acompañada del siguiente texto:

"Este pequeño- al igual que un sinnúmero de víctimas- perdió sus piernas y el privilegio de aparecer en el informe anual de Amnistía Internacional".

Consideró que con ese texto se vulneran gravemente los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre de Amnistía Internacional, por cuanto con esta clase de publicaciones, se presenta a la organización como una entidad políticamente parcializada y favorable a los abusos cometidos por grupos guerrilleros, cosa que no es cierta y además pone en peligro la vida y seguridad de los miembros de esa institución.

Sobre el particular, la Corte Constitucional hizo algunas precisiones acerca de la libertad de prensa y el derecho de rectificación en relación con la publicación de avisos pagados; pues el responsable del aviso publicado no era el Diario El Tiempo, sino que lo era la Organización "Vida", ya que fue ésta quien pagó por el aviso, limitándose el periódico a efectuar su publicación. Consideró la Corte que no existió vulneración o amenaza alguna a los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre de Amnistía Internacional, ya que la información publicada en el Diario El Tiempo, se basó en el hecho cierto de las lesiones de que fue víctima el menor Alexander Arias Pinto, a raíz de la explosión de una mina "quebra-patas", como así se pudo constatar del informe rendido por la Unidad Regional de Fiscalía de la ciudad de Cúcuta y que obra en el expediente, además de la no aparición de dicha información en el informe anual de Amnistía Internacional.

Finalmente, formuló una invitación a los medios de comunicación, para que en el ejercicio de su actividad informativa, y en especial en la divulgación de material publicitario, realizaran una tarea de investigación, averiguación y verificación acerca del contenido de los anuncios, en orden a prevenir que lo que se publique pueda afectar en forma grave los derechos fundamentales a la intimidad, al buen nombre y a la honra, al igual que las normas jurídicas, la costumbre o la moral.

Al respecto, para esta Sala esta sentencia no constituye precedente, puesto que los circunstancias de hecho son totalmente diferentes al sub lite, dado que en este precedente se hace referencia a realizar una verificación previa pero únicamente en lo que respecta a la divulgación de material publicitario, situación que no encaja en el presente caso, ya que nos encontramos ante un mensaje de información y no de publicidad, además aquel en nada concierne a la afectación de derechos fundamentales, como el de la intimidad, al buen nombre y a la honra, al igual que las normas jurídicas, la costumbre o la moral, razón de más para no ser precedente en el caso en concreto.

- Sentencia T 391 de 2007

Se reitera lo expuesto en párrafos que anteceden, de que esta sentencia no es precedente para el caso en concreto.

- Sentencia T 543 de 2017.

Esta providencia sí constituye un precedente para el caso en concreto, ya que son similares las circunstancias fácticas, pues en la sentencia T 543 de 2017 se realiza una censura previa al contenido de un mensaje de información relacionado con una campaña de Salud que buscaba generar conciencia a la población sobre el riesgo que representa para la salud pública el alto consumo de bebidas azucaradas, no permitiendo la trasmisión de esta información a través de los medios de comunicación; situación que igualmente se presenta en este caso, cuando se realiza una censura previa al contenido de un mensaje de información relacionado con la salud pública de las niñas, niños y adolescentes por el consumo de productos ultraprocesados, impidiendo la trasmisión de este mensaje, razón por la cual, las reglas generales que constituyeron la base de esta decisión judicial, fueron aplicadas en su integridad al sub lite.

Si bien esta sentencia tiene previamente un debate relacionado con una actuación administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio que suspendió la trasmisión de un mensaje televisivo que tenía un similar contenido del que ahora nos ocupa. Educar Consumidores, una organización sin ánimo de lucro que tiene entre sus fines la implementación de políticas saludables en el país, lanzó un comercial televisado y emitido también en varias emisoras radiales, en el cual se mostraba la cantidad de azúcar de varias bebidas azucaradas. Este comercial fue demandado por Postobón S.A., por supuesta “publicidad engañosa” y la SIC mediante acto administrativo ordenó a Educar retirar el comercial y que se le remitiera toda “pieza publicitaria relacionada con el consumo de bebidas azucaradas (...) antes de su emisión para que se lleve un control preventivo sobre la información”.

La *ratio decidendi* de la sentencia para proteger el derecho fundamental a la libertad de expresión y especialmente relacionada con los consumidores, fueron: el derecho que tienen los consumidores a la información relevante sobre los productos alimenticios que consumen; los consumidores deben poder elegir libremente los productos que consumen y para ello requieren de toda la información sobre dichos productos, lo cual contribuye a su libre desarrollo de la personalidad; la información de los productos ultraprocesados garantiza la protección y prevención de eventuales afectaciones a la salud de los consumidores de manera autónoma y libre, bajo el principio de prevención; contribuye a que las autoridades puedan ejercer su función de control y los deberes propios de su función pública en promoción y prevención en salud.

Debido a que se trata de una medida sospechosa el control que realizó la SIC, la Corte dijo:

Sin embargo, dicha finalidad parte de un sofisma (creer que las personas destinatarias de la campaña no son sujetos deliberantes con capacidad de discernimiento y de formar un criterio propio), y no satisface las cargas que deben cumplir las autoridades que pretenden establecer una limitación a la libertad de expresión, por cuanto (i) no se indicó el fundamento legal preciso, claro y taxativo de la finalidad, ni cómo, de manera concreta y específica, el derecho de los consumidores se veía afectado por la transmisión de la información (carga definitoria y argumentativa); y (ii) los elementos fácticos y técnicos que sustentaron la decisión de la SIC, no contaban con una base sólida de evidencias que dieran suficiente certeza sobre su veracidad. De esta manera, si bien la SIC indicó que no conocía el sustento científico que soportaba la veracidad de las afirmaciones de la información transmitida, lo cierto es que tampoco contaba con sustento científico para afirmar lo contrario (falacia ad ignorantiam), aunado a que Educar Consumidores no tuvo la oportunidad de participar en la

actuación administrativa y allegar los respectivos soportes, los cuales -una vez enviados a la SIC- nunca fueron revisados (carga probatoria).

(...)

En síntesis, se tiene que al proferir la Resolución 59176 de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el derecho de los accionantes a informar y a recibir información -como componentes de la libertad de expresión-. Lo anterior, por cuanto las medidas allí establecidas no estaban previstas en la ley, no perseguían una finalidad imperiosa y no eran necesarias, aunado a que constituían medidas de censura previa al establecer un control anterior sobre los contenidos que se pretendieran transmitir.

De la vinculación y la orden dada a la Autoridad Nacional de Televisión.

Frente a este tema, la Sala confirmará la decisión del A quo, pues de acuerdo con la Ley 1507 de 2012, se encuentran suficientes razones para que la ANTV sea vinculada dentro del proceso de la referencia y que garantice el cumplimiento de las órdenes que se imparten en este fallo, ya que i) conforme al artículo 2º como objetivo general, la Agencia debe “velar por el acceso a la televisión, garantizar el pluralismo y la imparcialidad informativa”, además la Agencia “ (...) será el principal interlocutor con los usuarios del servicio de televisión y la opinión pública en relación con la difusión, protección y defensa de los intereses de los televidentes (...)” y dirigirá su actividad en un marco “ (...) democrático y participativo” y ii) el artículo 3 ibídem, establece como funciones el “(...) Diseñar e implementar estrategias pedagógicas para que la teleaudiencia familiar e infantil puedan desarrollar el espíritu crítico respecto de la información recibida a través de la televisión” y “ Sancionar cuando haya lugar a quienes violen con la prestación del servicio público de televisión, las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños.”, razón por la cual, deberá confirmarse la decisión en lo que tiene que ver con la vinculación y la orden impartida por el A quo.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

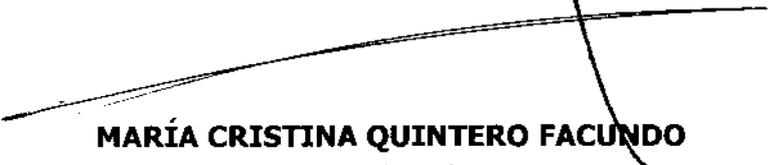
PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia del 5 de junio de 2018, proferido por el Juzgado 15 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR este fallo a todos los interesados, por el medio más ágil y eficaz disponible, y remitir el expediente ante la Corte Constitucional, Sala de Revisión,

para los fines a que hubiere lugar de conformidad con lo señalado en el artículo 32 del Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE


JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado


MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada


FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

