

**PERSPECTIVA DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA
LIBRE DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN PROMOCIONAL Y LA PUBLICITACIÓN**

ALEJANDRO JALIL RAMÍREZ

**Monografía presentada como requisito parcial
para optar al título de Abogado**

Asesor

ALBERTO CEBALLOS VELÁSQUEZ

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN**

2016

Nota de aceptación:

Jurado

Jurado

Medellín, abril de 2016.

A mi abuelo Augusto

Agradecimientos

Quiero agradecer a mis papás -Gloria y José-, y a mi hermana, Valentina, por el amor y acompañamiento incondicional y permanente durante toda mi vida; y al Dr. Alberto Ceballos por la dedicación y compromiso en la asesoría de este proyecto.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO 1 MARCO COMÚN CONCEPTUAL DE LA PUBLICITACIÓN Y LA LIBRE EMPRESA	14
1.1 PUBLICIDAD: CONCEPTO, OBJETIVOS E IMPLICACIONES	14
1.2 DISCURSO CONSTITUCIONAL DE LIBERTADES ECONÓMICAS	18
CAPÍTULO 2. MARCO COMÚN DE DESARROLLO. MÉTODO DE LECTURA DE JURISPRUDENCIA SOBRE LIBRE EMPRESA Y LIBRE DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN PROMOCIONAL	23
2.1. LOS PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS DINÁMICO DEL PRECEDENTE. EL ESTABLECIMIENTO DE UN <i>PATRÓN FÁCTICO</i> <i>TÍPICO</i> Y LA IDENTIFICACIÓN DE LA <i>SUBREGLA</i>	24
2.1.1 Evidencias que indican que el método de análisis dinámico puede aplicarse a sentencias de constitucionalidad abstracta	33
2.1.2 Razones que indican que el método de análisis dinámico puede aplicarse a sentencias de constitucionalidad abstracta	34
CAPÍTULO 3. LOS ESCENARIOS CONSTITUCIONALES DERIVADOS DE LA LIBERTAD DE DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN PROMOCIONAL	38
3.1 Sentencias que estudian medidas legislativas que limitan el derecho a la libre difusión de información promocional con fundamento en la protección al derecho a la salud de la población	40

3.1.1 Sentencia C-524 de 1995	41
3.1.2 Sentencia C-665 de 2007	43
3.1.3 Sentencia C-830 de 2010	47
3.2 Sentencia que estudia medidas legislativas que limitan la libre difusión de información promocional con fundamento en la independencia de los medios de comunicación	
3.2.1 Sentencia C-010 de 2000	49
3.3 Sentencia que estudia medidas legislativas que limitan la libre difusión de información promocional con fundamento en los riesgos sociales que conlleva el ejercicio de labores por <i>profesionales</i> sin título de idoneidad y por parte de “espiritistas, hechiceros pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares”	51
3.3.1 Sentencia C-010 de 2000	51
3.4 Sentencias que estudian medidas legislativas que limitan la libre difusión de información promocional con fundamento en la protección al carácter ético de las profesiones liberales	52
3.4.1 Sentencia C-355 de 1994	53
3.4.2 Sentencia C-116 de 1999	54
3.5. Sentencia que estudia medidas legislativas que buscan controlar el ejercicio de la libre difusión con fundamento en la protección a los derechos de los consumidores en los casos que se compruebe dolo o culpa grave de los medios de comunicación	55
3.5.1 Sentencia C-592 de 2012	55
CAPÍTULO 4. ANÁLISIS TEMÁTICO DE JURISPRUDENCIA	59
4.1 MARCO DE DESENVOLVIMIENTO DE LA LIBRE PROMOCIÓN	59

4.1.1 Sistema económico adoptado por la Constitución	59
4.1.2 Libertad de empresa	61
4.1.2.1 Límites a la libertad de empresa	63
4.2 PUBLICIDAD Y PROMOCIÓN	66
4.2.1 Objetivos de la publicidad comercial	67
4.3. DERECHOS DE LOS CUALES DERIVA LA PUBLICIDAD COMERCIAL	70
4.3.1 Libertad de expresión	70
4.3.2 Derecho al trabajo	75
4.3.3 Libertad de escoger profesión u oficio	77
4.3.4 Libertades económicas	77
4.4 RAZONES QUE JUSTIFICAN LA INTERVENCIÓN EN LA LIBRE PROMOCIÓN	79
4.4.1 El control de calidad de bienes y servicios del artículo 78 superior	86
4.5 LÍMITES A LA INTERVENCIÓN	87
4.6 OTRAS CONSTANTES JURISPRUDENCIALES	95
4.6.1 Censura previa	95
4.6.2 Mercados pasivos	97
CAPÍTULO 5. ANÁLISIS INDIVIDUAL ESTRUCTURAL DE PROVIDENCIAS	99
CAPÍTULO 6. CONCLUSIONES	125

6.1 BALANCE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBRE DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN PROMOCIONAL	125
6.2. CRÍTICAS A LAS DISERTACIONES DE LA CORTE EN LA LÍNEA QUE ESTUDIA MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN PROMOCIONAL	127
6.3. OTRAS CONCLUSIONES	128

LISTA DE FIGURAS

	pág.
Figura 1. Relación de argumentos sentencia C-355 de 1994	101
Figura 2. Relación de argumentos sentencia C-116 de 1999	104
Figura 3. Relación de argumentos sentencia C-524 de 1995	107
Figura 4. Relación de argumentos sentencia C-010 de 2000. Prohibición a publicidad en servicios públicos radiales y en servicios privados de radiodifusión educativa	110
Figura 5. Relación de argumentos sentencia C-010 de 2000. Prohibición de emplear publicidad a profesionales que carecen del título de idoneidad	112
Figura 6. Relación de argumentos sentencia C-010 de 2000. Prohibición de emplear publicidad a "espiritistas, hechiceros pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares"	113
Figura 7. Relación de argumentos sentencia C-830 de 2010	118
Figura 8. Relación de argumentos sentencia C-592 de 2012	122

INTRODUCCIÓN

El artículo 333 de la Constitución Política consagra que la actividad económica y la iniciativa privada ha de ejercerse libremente, y que la competencia económica constituye un derecho de todos que implica responsabilidades. De esta mención tan sumaria deriva una amalgama de potestades en cabeza de los individuos (derecho de concurrencia al mercado, derecho a la creación de establecimientos de comercio, derecho a decidir la organización societaria que mejor se ajuste a las necesidades particulares) que son concretadas y llevadas a efecto todos los días por los ciudadanos que acometen proyectos encaminados a la acreción de su patrimonio a través de la actividad de producción y comercialización de bienes y la prestación de servicios.

No obstante, el desarrollo de estas disposiciones implica a su vez encuentros friccionales y tensiones frontales con otras disposiciones constitucionales, se enfrenta a desarrollos legislativos e interpretaciones jurisprudenciales de delimitación de alcance y contenido, entre otras intervenciones normativas; todos estos elementos configurativos de una categórica pero a su vez cambiante perspectiva de los postulados en comento.

En tal sentido, el Congreso de la República ha expedido reglas que, en la materialización de la intervención del Estado como director general de la economía, han restringido las posibilidades de ejercicio de las potestades derivadas de la libertad económica

No obstante, no toda restricción que se ha impuesto a estas prerrogativas ha salido avante del control que ejerce la Corte Constitucional en el estudio de las leyes a la luz de la Constitución en virtud del artículo 241¹ superior, bien sea porque se comprobó que la legislatura no estableció finalidades legítimas en la imposición de limitantes, o porque aun siendo constitucionales sus propósitos, implicaban restricciones que a su vez generaban daños en

¹ COLOMBIA. Constitución Política (20, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá D.C., 1991. no. 116 Artículo 241.

otros bienes constitucionales que no se pueden dejar pasar por alto.

Una derivación de la libre empresa que resulta de especial interés, consiste en la libertad de publicitar la oferta de productos y servicios en el mercado, en tanto se ha ensamblado con múltiples derechos constitucionales (como el derecho a la libre expresión), en el desarrollo de esta intervención jurisprudencial de análisis normativo. Por esta característica relacional, se le ha impreso un entendimiento particular a su significación, su connotación fundamental y sus límites; entre otras cuestiones que serán explicadas con detalle más adelante.

Este documento, en tanto se acerca a la libertad específica desde la perspectiva de control de constitucionalidad, constituye un palimpsesto² de las sentencias en que se ha tenido conocimiento del tema. Por lo tanto, un acercamiento a las providencias judiciales exige un orden lógico que considere las particularidades de este tipo de texto. Así, se propone instrumentalizar la propuesta de *El derecho de los jueces* de Diego López Medina, como guía metodológica, pues a partir del análisis sistemático de jurisprudencia expuesto en este libro se da cuenta de las interrelaciones de las sentencias que han tenido injerencias en la comprensión de un determinado derecho, en el caso que nos ocupa: el derecho a publicitar.

Todo esto con la finalidad de delimitar un balance constitucional para el caso particular, esto es una *doctrina jurisprudencial* establecida, que se encuentra vigente en un momento dado y que constituye un estándar de crítica al trabajo aplicativo del precedente llevado a cabo por jueces y otros operadores jurídicos³.

Para alcanzar este balance, el trabajo se divide en seis capítulos, a su vez fraccionados en subcapítulos. El primero de ellos busca, en un principio, explicar cómo se ha entendido desde el mercadeo y el estudio de ventas la difusión de información con fines promocionales, para en segundo lugar, contextualizar en el ámbito constitucional el concepto de libertad

² A partir de una semántica literalista: texto sobre otro texto.

³ LÓPEZ, Diego E. *El derecho de los jueces*. (segunda edición). Bogotá D.C.: Legis, 2006. p. 140.

económica, marco al cual se encuentra adscrito y del cual se deriva. El segundo apartado explica la metodología propuesta para realizar el acercamiento a la jurisprudencia con los problemas que implica implantarla literalmente en este estudio. Tras esta referenciación primaria de contexto y método se precisará en un tercer aparte, el escenario constitucional concreto (con sus subescenarios) en el cual ha tenido desarrollo la libre publicidad, por tanto se referenciarán las distintas situaciones y demandas en que la Corte ha tratado el asunto, paso seguido se hará una narrativa dividida por temas en los cuales se estudiarán los principales ítems de las sentencias que han sido reiterados y son considerados importantes para la línea jurisprudencial. Paso seguido se analizará el peso de cada uno de los elementos delimitados en el aparte anterior, en la decisión concreta de exequibilidad o inexequibilidad de la norma estudiada, ejercicio que se llevará a cabo con todas las sentencias identificadas como relevantes en el marco de la libre publicidad. Finalmente se presentarán unas conclusiones en las cuales se fija el balance constitucional y se hacen unas críticas y anotaciones finales sobre el trabajo de la Corte en el desenvolvimiento de esta línea específica.

CAPÍTULO 1

MARCO COMÚN CONCEPTUAL DE LA PUBLICITACIÓN Y LA LIBRE EMPRESA

1.1 PUBLICIDAD: CONCEPTO, OBJETIVOS E IMPLICACIONES

En primer lugar ha de estudiarse cómo ha sido entendida la publicidad como una disciplina de acuerdo a sus funciones y finalidades, *i.e.*, establecer qué es, qué pretende y cómo lo hace. Para precisar estas cuestiones se consultan los elementos definicionales extraídos de múltiples textos escritos por mercadólogos y publicistas en investigaciones de mercadotecnia, se hace alusión tangencial a cuestiones relativas a la ejecución de estrategias publicitarias esbozadas en manuales prácticos (*handbooks*) y se presentan los objetivos o pretensiones del anuncio publicitario.

Un acercamiento al término, de la mano de Stanton, Etzel y Walker, indica que la publicidad debe entenderse como un conjunto de actividades encaminadas a un fin específico, el cual consiste en la transmisión, con el empleo de los medios de comunicación, de un mensaje “impersonal, patrocinado y pagado acerca de un producto, servicio u organización”⁴. En igual sentido desarrolla Santesmases⁵ que la publicidad constituye una modalidad comunicacional, dirigida a un *público objetivo* con una intención específica, cual es estimular la demanda de productos o servicios y modificar las opiniones o comportamientos del receptor.

Kleppner ofrece una definición que posee los mismos elementos básicos (carácter informacional, empleo de medios de comunicación y público objetivo) referidos en

⁴ STANTON, William J.; ETZEL, Michael J. y WALKER, Bruce. J. Fundamentos de Marketing. Traducido por Manuel Ortiz Staines. (decimocuarta edición). México D.F.: McGraw Hill Interamericana, 2007. p. 552. ISBN: 970-10-6201-9.

⁵ SANTESMASES, Miguel. Marketing. Concepto y estrategias. (cuarta edición). Madrid: Pirámide, 1999.

precedencia, al afirmar que “es un método para enviar un mensaje de un patrocinador, a través de un canal de comunicación formal, a una audiencia deseada”⁶; a lo cual agrega que constituye la *rama de las comunicaciones* de la mercadotecnia.

A su vez, la mercadotecnia es definida por la American Marketing Association como el ejercicio de actividades comerciales encaminadas a dirigir la *corriente de bienes* de los productores y comercializadores hasta los usuarios⁷.

Las significaciones anteriores indican que la publicidad se construye a partir de actos relacionados con la transmisión de información con una finalidad persuasiva, por tanto los manuales prácticos sobre la materia (*handbooks*) ofrecen pautas acerca de cómo ha de ser presentada esta información, *i.e.*, de acuerdo con Yale⁸ el mensaje debe ser llevado a la audiencia de manera interesante, noticiosa y mediante el empleo de técnicas diversas como el estudio de mercados, la correcta selección de los medios a emplear, el constante redireccionamiento del mensaje a partir de evaluaciones, encuestas y otros modos de conocer al auditorio.

En la presentación al sexto serial de la *Colección de Cuadernos de comunicación: Evoca* se resume claramente la relación existente entre todo lo referido: el medio, la finalidad y la manufactura de un mensaje publicitario, de la siguiente forma:

⁶ KLEPPNER, Otto; RUSSELL, J. Thomas, LANE, W. Ronald. Kleppner's advertising procedure. Traducido por Georgina Greenham. (doceava edición). México D.F.: Prentice Hall Hispanoamérica S.A., 1994. p. 25-28.

⁷ COMITÉ DE DEFINICIONES, ASOCIACIÓN ESTADOUNIDENSE DE MERCADOTECNIA. A glossary of marketing terms. Chicago., 1985, Citado por KLEPPNER, Otto; RUSSELL, J. Thomas, LANE, W. Ronald. Op. cit., p. 29.

⁸ YALE, David R. y CAROTHERS, Andrew J. D. (segunda edición). McGraw-Hill Education, 2001. p. 3-8. ISBN: 978-0-07-161274-6.

La Publicidad ... ha contado con todos los recursos –económicos, tecnológicos y profesionales– a su alcance para el diseño y la elaboración del mensaje; un mensaje al servicio de las marcas. Informar y seducir, convencer con el objetivo final de vender un producto, un “posicionamiento” o una idea. Un proceso de creación sofisticado y complejo⁹.

Ahora bien, de esta finalidad persuasiva no siempre se predicen las mismas características, la publicidad puede clasificarse a partir de varios criterios, uno de ellos resulta de especial importancia en tanto la Corte empleará una distinción similar en sus pronunciamientos, se explica a continuación.

En consideración al tipo de demanda, la actividad publicitaria se puede clasificar en “publicidad de demanda primaria” y de “demanda selectiva”¹⁰, la primera está encaminada a incentivar el consumo de “la categoría genérica de un producto”¹¹, *i.e.*, promocionar un bien sin hacer consideración a un particular productor o comercializador (*vgr.*, la publicidad encargada por las organizaciones gremiales para estimular el consumo de los bienes producidos por el gremio¹²). En cambio, la segunda busca estimular el consumo de un bien pero vinculado con algún productor o comercializador particular (*vgr.*, la publicidad empleada por la Black Canyon[®] *Cattle Company* para inducir al consumo de los productos cárnicos que produce y comercializa).

La publicidad de demanda primaria resulta particularmente útil cuando se presentan productos desconocidos para el público, novedosos y poco familiares; en tales casos se le denomina *publicidad precursora*; pero es también empleada cuando se pretende *estimular* o

⁹ CERESO, Julio. Presentación de Director Editorial. En: Colección: Cuadernos de comunicación Evoca. La publicidad en la era digital. Diciembre, 2011. vol. 6. ISSN 2173-349X.

¹⁰ STANTON; ETZEL, y WALKER. Op. cit. p. 554.

¹¹ *Ibíd.*

¹² La Federación Colombiana de Ganaderos ha sido particularmente activa en llevar a cabo este tipo de publicidad, dentro de su gestión se han encargado y difundido múltiples promocionales de leche y carne.

conservar la demanda de un producto ya existente, caso en el cual se le llama *publicidad para sostener la demanda*, y es efectuada normalmente por asociaciones de productores.

La Corporación en sentencia C-830 de 2010 refirió que la publicidad está encaminada a inducir a la adquisición de determinado producto o servicio, pero también a configurar “opciones estables de consumo”¹³ a partir de la incidencia en prácticas sociales¹⁴. Este objetivo se vincula estrechamente con las aspiraciones propias de la publicidad de demanda primaria, en tanto estas trascienden la alusión particular a determinado oferente y se emplean para introducir prácticas reiteradas encaminadas a la adquisición de bienes, no como un acto único y vinculado a un productor, comercializador o prestador de un servicio; sino como una opción estable de lucro basada en la consolidación de tendencias sociales que beneficien a todos los productores de un bien o prestadores de un servicio.

Con esto se esboza de manera muy sencilla uno de los muchos razonamientos que dan cuenta de cómo ha sido tratado por la jurisprudencia constitucional, mediante el control abstracto de constitucionalidad, el derecho a libremente promocionar bienes y servicios con fines comerciales.

Se van dando connotaciones jurídicas al tema: la publicidad, como un instrumento derivado de varios derechos constitucionales (como se verá más adelante: derecho al trabajo, a la libre escogencia de profesión u oficio, a la libre expresión y a la libre empresa) al servicio de una organización, de una persona jurídica individual¹⁵ o de un aglomerado de productores, ha de

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁴ COASE, Ronald H. Advertising and Free Speech. En: Journal of Legal Studies. 1977. vol. 6, p. 1-34 citado por Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵ El Código Civil, en el artículo 73 establece: “Artículo 73. Las personas son naturales o jurídicas”; las primeras están definidas en el artículo subsiguiente de esta forma: “Artículo 74. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”; el segundo encuentra significado en el artículo 633 del mismo texto así: “Artículo 633. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 (15, abril, 1887). Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1887. no. 7.019.

estar limitada de forma tal que encuadre dentro del paradigma de su correcto empleo marcado por las relaciones comerciales y el tráfico social, y proyectado en normas jurídicas.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la actividad publicitaria se ve restringida por normas de diversa jerarquía¹⁶ y en distintas materias. A pesar de que existen normas generales aplicables a toda publicidad, igualmente hay regulaciones específicas que rigen solo en ciertos discursos, *vgr.*, la publicidad del sector financiero no tiene la misma regulación que la publicidad de productos farmacéuticos y similares.

En el subcapítulo que sigue se enmarca el concepto de publicidad comercial a partir de la noción de libertad económica, que es la mención constitucional nodal en la cual se estudia el derecho a promocionar de manera libre bienes y servicios, este contexto general imprime una connotación que relaciona las disposiciones de la Carta Política con este derecho que si bien no está expresamente consagrado en el tenor literal del texto, es desarrollo de varias de sus disposiciones.

1.2 DISCURSO CONSTITUCIONAL DE LIBERTADES ECONÓMICAS

En 1992, transcurrido algo menos de un año desde la promulgación de la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional mediante un pronunciamiento resultado del trámite de tutela, en aplicación del mecanismo remisorio consagrado en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991¹⁷, desarrolló por vez primera el término de *libertad económica*. En

¹⁶ De acuerdo con el texto *Teoría general del Estado y del derecho*, el ordenamiento jurídico posee una estructura jerárquica, en la cual la Constitución ostenta el mayor nivel de primacía y es condición de la creación y el contenido de las normas inferiores (leyes, actos administrativos, sentencias, etc.). KELSEN. Hans. Teoría general del derecho y del Estado. Traducción por Eduardo García Maynez (segunda edición, quinta reimpresión). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995. p. 146.

¹⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2591 (19, noviembre, 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1991. no. 40.165.

esta inaugural intervención definió la expresión así: “[l]a libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio”¹⁸; e inmediatamente estableció que la misma podría verse sujeta a diversos límites establecidos en la Constitución y en la ley; entendimiento derivado de la lectura conjunta de los artículos 333 y 334 superiores.

En el 2016¹⁹, tras 25 años de la primera mención, la Corte sigue empleando la multicitada definición de libertad económica sostenida en la sentencia T-425 de 1992 y realizando la misma acotación sobre los límites admisibles a su ejercicio, en este sentido la jurisprudencia ha mantenido una postura reiterada, no obstante, como se verá más adelante, una definición tan genérica como la presentada *ut supra* no implica mayores reparos en su incorporación, en tanto no delimita el alcance del derecho en comento (este asunto es mucho más controversial).

En múltiples pronunciamientos la Corte ha agregado condicionantes, calificadores y acotaciones generales que no han tenido el éxito citacional de la primera significación, por ejemplo la consideración de que la definición de libertad económica resulta ampliamente problemática al tratarse de una *cláusula abierta*, la cual admite muchas y muy disímiles interpretaciones de acuerdo con el concepto de hombre y de sociedad²⁰ que se adopte; u otras explicaciones derivadas del tenor literal del texto constitucional: como el desarrollo e identificación de dos libertades distintas consagradas en el artículo 333 (por lo que se hablaría de libertades económicas). Conjunto constituido por (a) *la libertad de empresa*, entendida como la facultad de “afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”²¹; y (b) la *libre competencia económica* entendida como “la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones”²².

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha fijado una pluralidad de límites admisibles a estas libertades y los derechos de ellas derivados. Adicional a aquellos intereses estipulados en el texto literal del artículo 333 que son “el bien común [...], el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”²³; y en desarrollo de los mismos y de la carga impuesta a la libertad económica al ser entendida por el constituyente como un derecho que conlleva responsabilidades²⁴ y de la consagración de la “función social”²⁵ que lleva inmersa la concepción constitucional de empresa (todos estos entendidos como límites al libre ejercicio de la libertad de empresa y libre competencia económica); la Corte identificó como razones para establecer restricciones: el interés general, la seguridad de las personas, la moralidad²⁶ la redistribución de los ingresos y de la propiedad, la estabilización de la economía²⁷ y el acceso a bienes indispensables a toda la población²⁸, entre otras.

La jurisprudencia ha entendido que tales imposiciones tienen fundamento en que el modelo económico adoptado por la Constitución Política de 1991 es el de Economía Social de Mercado²⁹, y por tanto se da reconocimiento a la libertad de empresa como estructuración necesaria para el desarrollo, pero siempre en balance con la función de dirección general de

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²³ COLOMBIA. Constitución Política (20, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá D.C., 1991. no. 116 Artículo 333.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992. Op. cit.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-740 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

la economía en cabeza del Estado, el cuál habrá de trazar el camino por el cual deben desarrollarse estas actividades, de acuerdo con los raseros referidos en el párrafo anterior.

El ejercicio de esta función de intervención se desarrolla a partir de dos enunciados diferenciables: en principio el artículo 58 superior que radica en el Estado el deber de establecer las mandatos encaminados a compeler al sector empresarial a dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la función social y ecológica que en su calidad de manifestación de la propiedad privada se les ha encomendado³⁰; la segunda, directamente relacionada con el artículo 334 implica la expedición de medidas encauzadas a la regulación del uso del suelo, la protección a la igualdad de oportunidades de las personas, las barreras al acceso de bienes y servicios a aquellos sujetos en condiciones de *debilidad manifiesta*, la corrección de imperfecciones del mercado y la producción y distribución de bienes públicos y privados³¹.

Finalmente, ha de aclararse que los elementos esenciales de las medidas que limitan la libre empresa corresponde fijarlos de forma exclusiva al legislador³², el fundamento de esta restricción se encuentra en el artículo 333 de la Constitución, en el cual se estableció que frente a la actividad económica no podrán exigirse requisitos previos ni permisos sin la autorización de la ley³³.

No obstante, la intervención estatal en el mercado se realiza mediante la concurrencia de las distintas ramas del poder público, así fue establecido en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución. Por esta razón el Ejecutivo se encuentra autorizado a intervenir en la regulación de la actividad económica, a través de las facultades de reglamentación, control, inspección y vigilancia³⁴. Sin embargo, su injerencia debe estar supeditada a las disposiciones

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

³² Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012. *Op. cit.*

³³ *Ibíd.*

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, citado por Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012. *Op. cit.*

implementadas por el legislador, y sus diversas manifestaciones no pueden constituirse en una fuente obligacional de carácter autónomo, en tal sentido solo puede efectuar la concreción de los elementos ya fijados y definidos en la legislación³⁵.

Hasta aquí ha estudiado que la libre empresa tiene características de intervención especiales frente a otros derechos y hemos visto de forma muy genérica en que consiste, pero ¿qué constituyen las prerrogativas o potestades que conlleva la consagración constitucional del de la libre empresa? La Corte ha identificado diversos contenidos. Sobre el particular resulta especialmente ilustrativa la sentencia C-197 de 2012 en la que se manifestó que la identificación del núcleo esencial de las libertades económicas no es fácil de establecer, y se mencionaron los siguientes contenidos:

i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable³⁶

Existe un derecho derivado de la libertad económica que no fue ilustrado en la enunciación precedente: el de promocionar de manera libre los productos y servicios ofrecidos al mercado, por parte de sus productores, comercializadores o prestadores. Esto puede ser consecuencia de que tal prerrogativa ha sido en ocasiones considerada parte del núcleo esencial de estas libertades y en otras ha sido excluida de ese grupo de modo explícito³⁷; ha

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, citado por Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012. Op. cit.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012. Op. cit.

³⁷ En este punto, el lector puede estarse cuestionando por qué en párrafos anteriores se expresó que el concepto nodal de la libre promoción desde la perspectiva constitucional era la libre empresa y ahora se le está excluyendo de la categoría de núcleo esencial. Debe entenderse que estos dos conceptos no son asimilables, el núcleo esencial ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como “el reducto medular invulnerable que no

sido a veces ligada más estrechamente con otros derechos constitucionales y de carácter fundamental como el derecho al trabajo y a la libertad de expresión, y en otras oportunidades entendida como mera derivación de la libre empresa. Una potestad subjetiva con tantas brazales y planos involucrados no es de fácil tratamiento, por lo tanto es necesario acudir a un método certero que provea las herramientas al operador o intérprete para manipular con cautela un tema que ha asumido una maleabilidad que en ocasiones puede resultarle adversa, la identificación de este método será la finalidad del próximo capítulo, en el cual se explicará en principio que es lo que se busca lograr con este estudio y se referirán las dificultades que se hallaron en la aplicación al tema específico de la libre promoción.

puede ser puesto en peligro por autoridad o particular alguno” (Corte Constitucional. Sentencia T-799 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), o más claramente “el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste” (HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. s.f., Citado por Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero). En cambio, el concepto nodal constituye la referencia común, presente en múltiples pronunciamientos, en la cual se ha enmarcado un derecho que no está expresamente consagrado en la Constitución pero que por vincularse con derechos constitucionales ha sido desarrollado repetidamente por la jurisprudencia constitucional. En tal sentido el concepto nodal puede ser catalogado como parte del núcleo esencial del derecho, puede ser excluido del mismo de forma expresa, o puede que la Corporación guarde silencio frente a su denotación.

CAPÍTULO 2

MARCO COMÚN DE DESARROLLO. MÉTODO DE LECTURA DE JURISPRUDENCIA SOBRE LIBRE EMPRESA Y LIBRE DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN PROMOCIONAL

Ya se han realizado unas precisiones conceptuales básicas relativas a la publicidad y su significado, también se ha resumido el marco común en el cual se implanta la libertad de promoción al plano constitucional, ahora pasamos a estudiar el método que se emplea para la lectura de los fallos relacionados con este tema y para proceder a la extracción de los apartes importantes que ofrece la jurisprudencia.

Recuérdese que en la introducción se explicó que el objetivo de este trabajo se circunscribe al establecimiento de un balance constitucional en el tema de libre promoción. De acuerdo con López³⁸, para establecer un balance constitucional es imperativo, “hacer un análisis temporal y estructural”³⁹ de varias sentencias interrelacionadas. La relevancia de realizar un análisis del precedente a partir de múltiples sentencias se justifica en que éste constituye, a la postre, el método que pretende una perspectiva integral de los pronunciamientos judiciales; de acuerdo con esto “la interpretación de sentencias aisladas no da una buena idea del desarrollo sistemático de la jurisprudencia y esto resulta crucial para entender el aporte del derecho de origen judicial a todas las ramas del derecho”⁴⁰.

El mismo texto ofrece una significación de *balance constitucional*, el cual ha de entenderse como “una doctrina jurisprudencial vigente más o menos definida, que sirva como regla de conducta y estándar de crítica a la actividad de jueces, funcionarios y litigantes interesados en aplicar el derecho jurisprudencial a casos futuros”⁴¹.

³⁸ LÓPEZ, Op. cit., p. 140.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Ibíd.*

Ahora bien, para desarrollar un balance resultan tres pasos imperativos a ser seguidos por el intérprete u operador jurídico, estos son: “(i) acotar el patrón fáctico concreto (con el correlativo conflicto de intereses y derechos que le sea propio), que la jurisprudencia ha venido definiendo como [‘escenario constitucional[’] relevante” (ii) identificar las sentencias principales dentro de la línea jurisprudencial; y finalmente (iii) “construir teorías estructurales (*i.e.* narraciones jurídicas sólidas y comprensivas)”⁴².

De la aplicación del método referido al estudio que desarrolla este texto resultaron identificadas dos cuestiones problemáticas. En un intento por integrarlas con los pasos enunciados en precedencia se ha obtenido que ambas se sitúan en los ítems (i) y (ii), en el siguiente subcapítulo se estudia en qué consisten estas problemáticas, cuál es su incidencia en cada paso y cómo pueden superarse o ajustarse al análisis puntual para poder servirnos de la metodología planteada en el texto.

2.1. LOS PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS DINÁMICO DEL PRECEDENTE. EL ESTABLECIMIENTO DE UN *PATRÓN FÁCTICO TÍPICO* Y LA IDENTIFICACIÓN DE LA *SUBREGLA*

El primer paso, o (i), que consiste en la identificación de un “patrón fáctico concreto”, coincide con la delimitación del escenario constitucional que se propone estudiar. Un escenario constitucional es entendido como un campo de intereses contrapuestos, que se han manifestado en determinados casos que reúnen características comunes, en los cuales “la Corte ha identificado mediante *subreglas*, el significado concreto de un principio constitucional abstracto”⁴³.

En esta aserción hay dos elementos conceptuales que no pueden ser trasplantados de manera pura, tal como son presentados en la teoría de los escenarios constitucionales estructurada

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*, p. 148.

por López, al análisis puntual que se pretende desarrollar: estos dos conceptos están representados en los sintagmas: *fáctico* y *subregla*.

Es necesario hacer una acotación previa antes de distinguir el significado de estas dos expresiones, y es que los avances de la jurisprudencia en los que ha tenido desarrollo el derecho a la libre difusión de información promocional han sido llevados a cabo mediante sentencias de control de constitucionalidad, en tanto la Corte ha precisado (si bien no de manera con estable) que esta tipología de derechos no tiene carácter *iusfundamental*⁴⁴, excluyendo así los desarrollos que de los mismos se pudieran proyectar en sentencias de tutela. Igualmente, en la fase de rastreo de esta investigación, no se encontraron casos en que se interpusieran solicitudes de amparo que invocasen como derecho fundamental vulnerado o amenazado la libertad de promocionar, el estudio que corresponde en esa situación y la determinación de si el mecanismo de protección resulta improcedente son cuestiones que aún no han sido analizadas.

Volviendo a la tipología de pronunciamientos que nos ocupa, la interpretación de sentencias de constitucionalidad es “más compleja y más abierta a manipulaciones subsiguientes”⁴⁵ que la de sentencias de tutela, en tanto las sentencias de constitucionalidad no parecen tener “hechos explícitos”, *i.e.*, el análisis de constitucionalidad solicita de la Corte la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad de una norma de acuerdo con la incompatibilidad en abstracto de la misma con la Constitución⁴⁶, de ahí que estas sentencias no posean fundamento fáctico.

La presencia de un fundamento fáctico opera como como un criterio agrupador en tanto a partir del mismo se permite determinar cuál es el calificativo común de las sentencias, de forma tal que las condiciones predicables de los hechos que resultan reiteradas en varios

⁴⁴ *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

⁴⁵ LÓPEZ. Op. cit., p. 250.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 243.

casos facilita reunir sentencias dispersas en la relatoría de la Corte, de manera que la agrupación constituya una línea. Con esto se identifica el problema derivado de la ausencia de un patrón fáctico, la solución se plantea más adelante, pero antes de pasar a ello resulta importante anotar que sobre el establecimiento de la subregla, los hechos también tienen una importancia vital.

La Corte ha reconocido que las providencias que se ocupan de estudiar la constitucionalidad de normas jurídicas enuncian comúnmente “normas principios” y no “normas reglas”⁴⁷, en palabras de López, “las sentencias de constitucionalidad no siempre desarrollan [‘]subreglas[’] porque el control abstracto no les presenta casos concretos que deban ser solucionados”⁴⁸. Veamos más a fondo qué se quiso decir con esto; la Corte⁴⁹ ha sostenido que una regla es aquella disposición que “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y [...] determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social”⁵⁰.

Los principios, de acuerdo con Dworkin, son estándares (standards) cuya exigencia de observancia deriva de un requerimiento de justicia, igualdad u otra dimensión de la moralidad⁵¹.

Sobre las distinciones entre reglas y principios se ha disertado ampliamente, se propone estudiar dos diferencias: (a) una implantada por la Corte Constitucional en los sus sentencias, desarrollada a partir del criterio planteado por Dworkin sobre la aplicación disyuntiva de las

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-249 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁸ LÓPEZ. Op. cit., p. 253.

⁴⁹ Sentencia C-1287 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁰ PAREJO, A. Luciano. Constitución y valores del ordenamiento. En: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo I. 1991. Madrid: Ed. Civitas. p. 123., Citado por Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001. Op. cit.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. (segunda edición, primera reimpresión). Nueva York: Bloomsbury Academic, 2013. Traducción propia.

reglas y otra (esbozada por Dworkin y reelaborada por Alexy⁵²), (b) sobre el entendimiento de aplicación gradual de principios. La comprensión de estos criterios nos será útil en el capítulo 5 para entender la reinterpretación de la sentencia C-524 de 1995, llevada a cabo por la Corporación en sentencia C-830 de 2010. Comencemos con lo primero.

Una característica importante de las reglas consiste en que su aplicación a casos concretos se lleva a efecto a partir de un ejercicio argumentativo estructurado en la figura del silogismo⁵³. De acuerdo con García Máynez, el silogismo está constituido por dos premisas y una conclusión, en las cuales “la premisa mayor está formada por la norma genérica; la menor por el juicio que declara realizado el supuesto de aquella, y la conclusión por el que imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias de derecho”⁵⁴, expresado de forma más precisa: la premisa mayor contiene un “un juicio jurídico”⁵⁵ de tipo hipotético, genérico y expresado en la ley, la menor contiene un hecho probado “el cual realiza el supuesto jurídico del juicio significado en la premisa mayor”⁵⁶ y la conclusión indica la individualización que relaciona las premisas anteriores⁵⁷.

⁵² RUIZ MANERO, Juan. Jurisdicción y normas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. p. 159., y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Principios y positivismo jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 185., citado por LÓPERA, Gloria P. Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. En: DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2004. vol. 27. pp. 211-243. ISSN: 0214-8676.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001. Op. cit.

⁵⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. (primera edición). México D.F.: Editorial Porrúa, 1940. p. 260

⁵⁵ ROSALES, Fernando J. Lógica jurídica: instrumento indispensable para el juez y el abogado litigante. (primera edición). Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 2010. p. 216. ISBN: 978-9929-8056-1-3.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*

Los principios se definen “negativamente como las normas que no cabe aplicar de forma disyuntiva⁵⁸. En la sentencia C-1287 de 2001, la Corporación, dando igual tratamiento a la disyuntiva y al silogismo, reconoció que los principios no pueden operar bajo esta estructura de razonamiento, en tal sentido se dijo:

[en] virtud de [su] estructura lógica, las reglas operan como silogismos [...] La diferencia entre *principios* y *reglas* es para Dworkin un[a] diferencia lógica. Las reglas son aplicables “a la manera de disyuntivas [...] En cambio los principios no “establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas”⁵⁹, puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares [...]”⁶⁰.

De acuerdo con el entendimiento de aplicación disyuntiva “si los hechos que estipula una norma [o regla, dependiendo de la terminología que se adopte] están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión⁶¹. Lo cual nos ubica frontalmente con la segunda distinción: la dimensión de peso (de la cual carecen las reglas), de acuerdo a esta, el operador jurídico debe ponderar distintos principios en juego para arribar a la solución de un determinado caso en el que se presentan intereses contrapuestos, en tanto los principios “no se anulan entre sí”⁶² al entrar en conflicto, sino que constituyen “vectores que expresan

⁵⁸ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Principios y positivismo jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 185, P.167.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. (primera edición, segunda reimpresión). Barcelona: Ariel, S.A. Barcelona, 1995 p. 75 citado por Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁰ La Corporación en esta ocasión empleó el término *regla*, no obstante la obra de Dworkin refería la distinción específicamente entre normas y principios. El planteamiento en el sentido que se presume pretende dirigirse la Corte en que la norma es un género contentivo del principio y la regla es más coherente con la taxonomía recogida en *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción por Ernesto Garzón Valdés. (primera edición). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁶¹ DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p. 75.

⁶² GARCÍA FIGUEROA. Op. cit. p. 167.

fuerzas de cuya concurrencia cabe calcular [‘]la resultante[’]”⁶³.

De acuerdo con esto, y de la mano de Robert Alexy, los principios constituyen mandatos de optimización, *i.e.*, son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁶⁴, las reglas, en cambio, no admiten una aplicación gradual (como ya se explicó, o bien es válida y resuelve el caso o no lo es y no se tiene en cuenta).

Entendiendo estas diferencias cabe preguntarse ¿cuál es la dificultad radicada en que las providencias que conocen normas de constitucionalidad abstracta establezcan principios en lugar de reglas?; sea lo primero advertir que en Colombia ha sido implementada una “disciplina *relativa* de respeto al precedente”⁶⁵, contrario al sistema libre, en la cual los jueces no están atados por lo dicho en pronunciamientos anteriores, y a la “disciplina *absoluta*”⁶⁶ en la cual los jueces no pueden separarse de las decisiones otrora proferidas. Esta sujeción parcial implica que los jueces se hayan en deber de deferir el precedente solo en principio, en tanto pueden optar por apartarse del mismo cuando dispongan de argumentos suficientes para tomar distancia.

Ahora, sobre el contenido del precedente, los jueces deben identificar el “principio jurisprudencial vigente dentro de la línea”⁶⁷, esto conlleva un trabajo interpretativo en tanto la obediencia relativa al precedente, únicamente obliga a aplicar a casos futuros la *ratio decidendi* de las decisiones mas no la *obiter dicta*⁶⁸.

⁶³ ZAGREBELSKY, G. Il diritto mite. Turin: Einaudi, 1992, p. 96, Citado por GARCÍA. Op. cit. p. 167

⁶⁴ ALEXY. Op. cit.

⁶⁵ LÓPEZ. Op. cit. ., p. 220.

⁶⁶ *Ibíd.*, p, 221.

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 220-222.

La *ratio decidendi* ha sido entendida por la Corporación de forma reiterada 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”⁶⁹

Por otro lado, ha entendido la *obiter dicta* como las reflexiones que realiza el juez en la motivación de la sentencia, pero que no son “necesaria[s] a la decisión”⁷⁰.

Los criterios para hallar la *ratio decidendi* (y distinguirla de la *obiter dicta*⁷¹) han tenido dos vertientes que se dirigen en direcciones dispares: por un lado existe una teoría formalista *de ratio decidendi*⁷², la cual supone como presupuesto de disciplina judicial que los jueces “identifiquen y obedezcan aquellos apartes de la sentencia que literalmente constituyan la *ratio decidendi*”⁷³, esto es, hay ratio en “todos aquellos argumentos que se hacen necesarios y que reciben tratamiento explícito y detenido por parte de la Corte, para resolver el problema de exequibilidad o inexecuibilidad de una norma”⁷⁴ y en cambio se está en presencia de *obiter dicta* ante aquellos apartados de la providencia que si bien se encuentran explícitos, no hacen parte de los temas centrales o esenciales del estudio, o cuando dichas consideraciones no sean estrictamente necesarias para arribar a la resolución del caso⁷⁵; a contracara, la concepción contemporánea y hermenéutica de *ratio* sostiene que el “sentido de un precedente, como el de cualquier otro texto, debe ser precisado por sus lectores”⁷⁶, implica

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ De estos razonamientos se ha dicho que si bien no tienen fuerza vinculante, poseen “fuerza persuasiva” atada a la jerarquía y estima pública del tribunal que los profiere, en ese sentido constituyen “criterio auxiliar de interpretación”. Corte Constitucional. Sentencia T-489 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷² LÓPEZ. Op. cit., p. 222.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 223.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ *Ibíd.*

por tanto que los jueces reconstruyan la argumentación de sentencias que anteceden e identifiquen la subregla que ha sido aplicada.

La teoría hermenéutica de la *ratio decidendi* da pie a una mayor maleabilidad del precedente por parte de los jueces posteriores, de acuerdo con esta concepción los argumentos que explícitamente son presentados como centrales por el juez pueden constituir en ocasiones *obiter dicta*. Y en este sentido el operador ha de encontrar el “verdadero principio o razón (y no el aparente o textual que llevó a la decisión de la Corte”⁷⁷. Para esta segunda concepción, la consideración a los hechos materiales de las sentencias resulta absolutamente relevante, en tanto un importante derrotero para identificar la *ratio decidendi* (ya que esta no se encuentra, bajo esta concepción, determinada por el tenor literal o estructural del fallo anterior) y recepcionado con considerable aceptación por la Corte Constitucional de Colombia⁷⁸, consiste en la clarificación realizada por Arthur Goodhart⁷⁹, consistente en que es *ratio* aquel argumento jurídico que mejor una (a) “los hechos que se consideren materiales en el fallo”⁸⁰ y (b) “el sentido del fallo”⁸¹.

En la sentencia T-249 de 2003 la Corporación identificó el concepto así: “[I]a Corte ha comprendido que la *ratio* corresponde, pues, a la norma que aplica el juez en el caso concreto y que esta norma comprende los hechos determinantes del caso o la situación fáctica

⁷⁷ *Ibíd.* 224.

⁷⁸ López. *Op. cit.* p. 223.

⁷⁹ GOODHART, Arthur. Determining the *ratio decidendi* of a case. En: Yale Journal Law. Diciembre, 1930. vol. 40 p. 161 – 183. Citado por LÓPEZ. *Op. cit.* p.224

⁸⁰ LÓPEZ. *Op. cit.*, p. 249.

⁸¹ Este concepto de *ratio* es empleado en la línea de tutela contra providencia judicial., *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencias T-1031 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. T-441 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. T-774 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Citados por LÓPEZ. *Op. cit.*, p. 228

relevante, pues tales hechos son los que concretan la norma y permiten una exigencia de igualdad de trato⁸².

Un apartado en que se ve claramente la adopción de la concepción hermenéutica de *ratio decidendi*, a partir de la cual los jueces posteriores realizan una “reracionalización”⁸³ de las lecturas de las sentencias previas y extraen el principio o el “verdadero fundamento o razón”⁸⁴. Fue esbozada la sentencia T-292 de 2006, en la cual se manifestó:

esta Corporación ha señalado que para establecer la *ratio decidendi* de una providencia, en principio, deben tenerse en cuenta las sentencias posteriores⁸⁵, -esto es las “posteriores” a la cuestión constitucional inicialmente tratada, pero anteriores al caso que se habrá de decidir-, sobre el mismo asunto, proferidas por la Corte. De hecho, esta Corporación ha indicado que la *ratio decidendi* sobre un tema jurídico puede *consolidarse* “en una oportunidad posterior”⁸⁶, esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, si bien la *ratio* de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha *ratio*; de manera tal que le permiten al juez o quien habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada.

Volviendo al tipo de sentencias objeto de análisis, tenemos que estas no poseen hechos, no estudian casos concretos y no desarrollan subreglas ¿cómo puede resultar idónea la metodología de análisis dinámico de providencias propuesta por López para el estudio puntual de este trabajo? La respuesta a este interrogante no es una cuestión sencilla.

En la lectura del texto se hallaron diversos elementos que defendieron la aplicación del análisis dinámico y estático en sentencias de constitucionalidad, unos pueden ser entendidos

⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-249 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Citado por López. Op. cit., p. 249.

⁸³ LÓPEZ. Op. cit., p. 227

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-058 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencias SU-047 de 1999. Op. cit. y SU-1300 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

como evidencias o indicios, en tanto no constituyen argumentos o elaboraciones teóricas propiamente, sino observaciones sobre el trabajo compilador que López realiza en el texto y que parecen apuntar en tal dirección, las segundas son razones, dadas aun por la Corte, y constituyen argumentos teóricos o jurisprudenciales que incitan a favor de lo ya referido.

2.1.1 Evidencias que indican que el método de análisis dinámico puede aplicarse a sentencias de constitucionalidad abstracta

En la lectura de *El derecho de los jueces* se halló una característica importante que parece adjudicar la idoneidad del análisis estático-dinámico de jurisprudencia: el autor a lo largo del texto, emplea en ocasiones sentencias de tutela y sentencias de constitucionalidad de forma irrestricta como constitutivas de una misma línea (vgr., en las distintas sublíneas en que se desarrolla el derecho al libre desarrollo de la personalidad sobresalen dos que obedecen a esta categorización: (a) aquella que es encabezada con el problema jurídico “¿[p]uede el estado penalizar el aborto sin considerar los reclamos de autonomía personal contravalentes?”⁸⁷ conformada por las sentencias: C-1299 de 2005, C-647 de 2001, C-13 de 1997 y C-133 de 1994 y (b) la sublínea que desarrolla el problema jurídico “¿[p]uede el Estado penalizar la eutanasia o debe esta considerarse como parte de la autonomía personal?”⁸⁸ de las cuales resaltan como relevantes las sentencias C-239 de 1997, la C-551 de 2001 y la C-045 de 2003), y le reconoce a cada tipo fuerza precedencial (vgr., en una de las ejemplificaciones en las que se basa para explicar las *técnicas legítimas de interpretación del precedente*, explica López, la Corte mediante sentencia SU-047 de 1999, consiguió a partir de la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*⁸⁹ apartarse del precedente fijado en las sentencias C-222 y C-245 de 1996).

⁸⁷ LÓPEZ. Op. cit.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *Ibíd.* p., 191

2.1.2 Razones que indican que el método de análisis dinámico puede aplicarse a sentencias de constitucionalidad abstracta

Intentemos subsanar el problema de aplicación a partir del planteamiento conceptual anterior, frente al término *fáctico*, ya vimos dos acepciones del mismo: (a) una alusiva a la relevancia de los hechos como criterio constitutivo de la determinación de la *ratio decidendi* de una sentencia previa y otra (b) referida a los hechos como una perspectiva de disputa o choque de derechos constitucionales presente en varios fallos que sirve de criterio agrupador. Comencemos con lo primero.

Como se refirió con anterioridad, las sentencias de constitucionalidad no tienen hechos explícitos⁹⁰ y esto se constituye en óbice a la aplicación del razonamiento de Goodhart, no obstante, esto no implica que en sentencias de constitucionalidad no pueda hacerse la caracterización de los argumentos presentados en la dualidad *obiter dicta* y *ratio decidendi*, en tanto la Corte ha fijado conceptos que materializan la diferenciación, sobre el particular resulta inmensamente útil lo sostenido por la Corte en la precitada sentencia T-249 de 2003. Que versa:

Según la definición de *ratio decidendi* adoptada por la Corte Constitucional, ella tiene que ver con aquello que efectivamente aplicó el juez para resolver el caso concreto. De allí que, tratándose del control abstracto de constitucionalidad, la *ratio decidendi* se identificará a partir del problema jurídico que realmente analiza la Corte. Lo anterior, por cuanto esta es la única manera de establecer la racionalidad de la decisión. La racionalidad de la decisión judicial supone, como mínimo, que exista un problema jurídico que se ha resuelto debidamente. A partir del problema es posible establecer si los argumentos expuestos y los análisis realizados (i) permiten resolver el problema, (ii) responden a los elementos de juicio (empíricos y jurídicos) relevantes para el caso y (iii) finalmente, si la decisión es consistente con las premisas dadas como argumentos de justificación de la decisión.

En este orden de ideas en sede de control abstracto, la *ratio decidendi* está controlada por dos extremos. De una parte, la decisión (resolución), en la medida en que únicamente podrá ser *ratio decidendi*

⁹⁰ LÓPEZ. Op. cit.. p 252.

aquello que está directamente ligado a la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad. Por otra, el problema jurídico efectivamente analizado, en cuanto define el contenido material de la decisión. Por decirlo de alguna manera, a partir del problema jurídico es posible controlar la construcción interna del silogismo (racionalidad interna) que aplica el juez⁹¹.

Esto nos resuelve el problema relativo a una acepción de fáctico, pasemos a la segunda. Los hechos como elementos integrantes del criterio clasificador de líneas jurisprudenciales deben entenderse, de acuerdo con lo sostenido atrás al momento de definir el escenario constitucional, como una “[‘]zona[’] de choque de intereses donde la Corte puede desplegar el análisis de la Constitución para encontrar balances que maximicen la protección de derechos en conflicto dentro de esa zona de choque”⁹². Echemos mano de esto para sostener que aun para los casos en los cuales no vienen determinados hechos puntuales en las sentencias, sí se pueden identificar claramente planos en los cuales se desarrollan las disputas o colisiones de principios, los elementos comunes de estas providencias pueden encontrarse en diversos lugares, por ejemplo, en el contenido de las disposiciones demandadas. La propuesta será entonces identificar los elementos comunes de cada zona de contraposición de intereses a partir del contenido de la disposición que se analiza a la luz de la Constitución, y sobre esto recopilar los problemas que nos ofrece.

Hay un problema final relacionado con la taxonomía de las líneas: de acuerdo con el texto que se ha tomado como guía, la formulación que ha de encabezar una línea debe hacerse a modo de pregunta, y esta debe contener “algún elemento normativo”⁹³ vinculado con un “patrón fáctico”⁹⁴ y alcanzar un nivel medio de abstracción entre las particularidades del caso concreto y el “concepto jurídico abstracto”⁹⁵ que sirve de guía, o la disposición constitucional de referencia. Sobre esto manifestó el autor:

⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-249 de 2003. Op. cit.

⁹² LÓPEZ. Op. cit., p. 154

⁹³ *Ibíd.*, 150.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 151.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 148.

Es evidente que el sistema de problemas jurídicos donde se relacionan textos y patrones fácticos es típico de la jurisdicción de tutela [...] Es en este tipo de situaciones donde la doctrina del precedente adquiere toda su fuerza. Hay, sin embargo, problemas jurídicos diferentes [...] en los que se pregunta por la definición abstracta de un concepto constitucional. La mayoría de procesos de constitucionalidad abstracta parecen abocar este tipo de cuestión⁹⁶.

El problema jurídico es entendido como “la pregunta que [...] el investigador intenta resolver mediante la identificación y la interpretación dinámicas de varios pronunciamientos judiciales”⁹⁷. El inconveniente con los problemas jurídicos genéricos es que resultan imposibles de ser resueltos, salvo extensas exposiciones conceptuales que no ofrecen en realidad estándares determinados de crítica y análisis⁹⁸.

Así que como como se vio con anterioridad, en tanto las sentencias de constitucionalidad no poseen hechos de los cuales partir ¿cómo se llega al nivel medio de abstracción recomendado? no podemos referir la misma solución que se planteó en precedencia cuando se sustituyeron los hechos del caso por el problema jurídico, en tanto se parte de que el problema jurídico es uno de los extremos a cuya distancia media con los hechos debe ubicarse la pregunta. El texto no parece ofrecer una solución puntual al asunto, salvo advertir la inconveniencia de formular problemas jurídicos que desarrollen conceptos genéricos o definicionales. Es por esto que la pregunta problema que se empleará en este estudio adoptará como criterio para reducir el margen de sentencias que se vinculan al análisis, la finalidad de las medidas legislativas, la cual será, como se verá en el siguiente capítulo con más detalle: la de restringir el derecho a la libre publicación. Asimismo, la propuesta clasificatoria que se llevará a cabo empleará como criterios divisores los elementos esenciales de las disposiciones, radicados en: las razones que justifican la intervención, los destinatarios de las

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 152.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 147.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 153

normas y su contenido (restrictivo o prohibitivo), esto para alcanzar distinciones coherentes y orientadoras en los múltiples fallos que serán estudiados.

CAPÍTULO 3

LOS ESCENARIOS CONSTITUCIONALES DERIVADOS DE LA LIBERTAD DE DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN PROMOCIONAL

Recuérdese que al diseccionar la metodología propuesta en *El derecho de los jueces*, se identificaron tres pasos principales en la construcción del balance constitucional: (i) identificar los desenvolvimientos fácticos con elementos comunes definidos como escenarios constitucionales, (ii) encontrar las sentencias importantes dentro del contexto demarcado en el paso (i), y finalmente (iii) realizar una narración que dé cuenta del desenvolvimiento de lo hallado en pasos precedentes. En el desarrollo de este capítulo convergen los pasos (i) y (ii); en tanto se pretenden establecer los patrones comunes de desarrollo del derecho a la libre difusión de información comercial y agrupar las sentencias que de ello resulten a su vez en distintas sublíneas.

En este aparte se plantean los subescenarios y las sentencias que estos agrupan, de los cuales se analizarán primeramente tres elementos: las demandas de inconstitucionalidad, las normas acusadas y los problemas jurídicos. El razonamiento que la Corte imprime a cada una de las demandas será diseccionado y estudiado en el capítulo 4 y 5. La razón de ser de esta propuesta de delimitar primeramente los elementos referidos, es que el lector conozca de antemano el contexto propio de cada sentencia y el objeto de la misma, pero no se vea obligado a realizar una lectura de corrido de todas las consideraciones importantes de cada fallo, de forma tal que las puntualidades de las providencias interfieran en la continuidad del avance conceptual que se quiere demostrar.

Para entender la estructura argumentativa de cada una de las providencias y ese contexto factual, que como ya se manifestó resulta tan importante, en el capítulo 5 se desglosa la argumentación inmersa en cada una de las sentencias, para que se aprecie cómo cada argumento influye en la decisión a adoptar en los casos presentados, ya teniendo las ideas previas de la conceptualización del capítulo 4.

Cada subescenario identificado está formulado a partir de una pregunta o problema jurídico y a modo también de aserción, para imprimir mayor claridad al rotulado. En los casos en que las sentencias no plantearon un problema jurídico de forma textual, se formulan problemas que se correspondan con aquello que la Corte se propuso demostrar para llegar a las decisiones.

Sea lo último decir, antes de pasar a las providencias, que sobre el derecho a la libertad de difusión de información promocional, se pueden identificar cinco subescenarios constitucionales a partir de las finalidades que las medidas legislativas sujetas a control de constitucionalidad pretender conseguir. Estos son los escenarios integrados por: sentencias que estudian la constitucionalidad de medidas legislativas que limitan el derecho a la libre difusión de información promocional con fundamento en la protección del derecho a la salud de la población; sentencias que estudian la constitucionalidad de medidas legislativas que limitan la libre difusión de información promocional con fundamento en la protección al carácter ético de las profesiones liberales, sentencia que estudia la constitucionalidad de medidas legislativas que limitan la libre difusión de información promocional con fundamento en la independencia de los medios de comunicación, sentencia que estudia la constitucionalidad de medidas legislativas que limitan la libre difusión de información promocional con fundamento en los riesgos sociales que conlleva el ejercicio de profesiones por sujetos que carecen del correspondiente título de idoneidad y por parte de “espiritistas, hechiceros pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares”⁹⁹, sentencia que estudia la constitucionalidad de medidas legislativas que buscan controlar el ejercicio de la libre difusión con fundamento en la protección a los derechos de los consumidores en los casos que se compruebe dolo o culpa grave de los medios de comunicación.

⁹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 74 (3, noviembre, 1966). Op. cit.

De estos escenarios analizados constituyen sublíneas solamente las dos primera enunciadas, en tanto las otras si bien plantean un campo de intereses contravalentes se han manifestado a través de una sola providencia.

Enunciación del problema jurídico que encabeza la línea

¿Cuál ha sido el tratamiento impreso por la Corte Constitucional a la libre difusión de información promocional a partir del estudio de las medidas legislativas que buscan restringirla?

3.1 Sentencias que estudian medidas legislativas que limitan el derecho a la libre difusión de información promocional con fundamento en la protección al derecho a la salud de la población

Sublínea jurisprudencial que responde a la pregunta ¿es contrario a la libre empresa consagrada en el artículo 333 superior la limitación y proscripción de publicidad de bienes nocivos para la salud?

3.1.1 Sentencia C-524 de 1995

Demandó en esta oportunidad el ciudadano Francisco Cuello Duarte la disposición completa contenida en el artículo 19 de la Ley 30 de 1986, la cual versa:

Artículo 19. Las estaciones de radiodifusión sonora, las programadoras de televisión y los cinematógrafos sólo podrán transmitir propaganda de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabaco en los horarios y con la intensidad que determine el Consejo Nacional de Estupeficientes, previo concepto de su Comité Técnico Asesor. El Ministerio de Comunicaciones velará por el cumplimiento de esta disposición.

Adujo el demandante que tal disposición es contraria a los *valores* de “la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento y la libertad”¹⁰⁰ que rigen el desarrollo de

¹⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995. Op. cit.

la comunidad; adicionalmente consideró que la proposición precitada contraviene el artículo 1º Constitucional, el cual establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, por tanto, “en sus actuaciones debe prevalecer el interés general sobre el particular”¹⁰¹. A juicio del demandante, teniendo en cuenta las razones precedentes, el Estado colombiano debe proscribir la publicidad del cigarrillo y bebidas alcohólicas en medios masivos de comunicación, pues estos generan graves afecciones a la salud.

Por otro lado, considera que la disposición viola el artículo 78 de la Constitución según el cual la ley se ocupará de regular la calidad de los bienes ofrecidos al público y la información que se emplee para su comercialización, pues bien, en atención a este precepto afirma la demanda:

las bebidas alcohólicas atentan contra la salud del pueblo y el cigarrillo produce cáncer, entonces, no puede aceptarse que unos productos que causan tantos estragos en la comunidad tengan las mejores cuñas publicitarias en los mejores medios de comunicación del país, aprobados por el gobierno mediante la norma que en esta oportunidad se demanda¹⁰².

Otro postulado que resulta contrariado mediante la normativa en comento es el artículo 83 superior, según el cual las actuaciones de Estado y particulares deben ceñirse a los postulados de la buena fe, así: “los medios de comunicación aceptan publicitar unos productos que causan graves daños en la vida y la salud del pueblo colombiano, como son el cigarrillo y las bebidas alcohólicas, lo hacen guiados por el interés del dinero actuando de mala fe y sin ningún sentimiento de honradez”¹⁰³.

Culmina la demanda mencionando sumariamente la postura legislativa asumida en otros países (vgr., Alemania y EEUU), los cuales han sido drásticos en la prohibición de la promoción de estos productos.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Cita textual del libelo de la acción pública de inconstitucionalidad.

¹⁰³ *Ibíd.*

Problema jurídico. En esta providencia no se planteó un problema jurídico de forma explícita, no obstante puede deducirse que aquello que la Corte intentó resolver a lo largo de su estudio fueron dos cuestiones:

¿Es contrario al derecho a la salud de la población la sujeción meramente parcial de la publicidad de tabaco y licor a los horarios y periodicidad fijados por el CNE?

¿Es violatorio al derecho a la libertad de empresa consagrada en el artículo 333 Superior el limitar la publicidad comercial de los productos de tabaco y licor a la regularidad y horas fijadas por el CNE?

3.1.2 Sentencia C-665 de 2007

De acuerdo con el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución, que asigna como función a la Corte Constitucional “[d]ecidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben”¹⁰⁴ la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República remitió copia para examen de la Ley 1109 de 2006 “Por medio de la cual se aprueba el [‘]Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco[’]”¹⁰⁵.

Debido a que en la presente situación la Sala realizó el estudio conjunto de la totalidad del convenio: tanto del trámite aprobatorio que surtió en el Congreso como del contenido material del mismo, se pasa directamente al articulado referente a la proscripción y limitación de la publicidad como compromiso a asumir por los Estados Parte que es la que interesa en este análisis, en este sentido se transcribe el artículo 13 del convenio el cual versa como se sigue:

¹⁰⁴ COLOMBIA. Constitución Política. Op. cit. Artículo 241.

¹⁰⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1109 (27, diciembre, 2006). Por medio de la cual se aprueba el "Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco", hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003). Diario Oficial. Bogotá D.C., 2006. no. 46.494.

ARTÍCULO 13. PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y PATROCINIO DEL TABACO.

1. Las Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.

2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio. A este respecto, cada Parte, dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Convenio para la Parte en cuestión, adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.

3. La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada Parte adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.

4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:

a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;

b) exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente;

c) restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población;

d) exigirá, si no ha adoptado una prohibición total, que se revelen a las autoridades gubernamentales competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio aún no prohibidas. Dichas autoridades podrán decidir que esas cifras, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se pongan a disposición del público y de la Conferencia de las Partes de conformidad con el artículo 21;

e) procederá dentro de un plazo de cinco años a una prohibición total o, si la Parte no puede imponer una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, a la restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet; y

f) prohibirá o, si la Parte no puede imponer la prohibición debido a su constitución o sus principios constitucionales, restringirá el patrocinio de acontecimientos y actividades internacionales o de participantes en las mismas por parte de empresas tabacaleras.

5. Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párrafo 4o.

6. Las Partes cooperarán en el desarrollo de tecnologías y de otros medios necesarios para facilitar la eliminación de la publicidad transfronteriza.

7. Las Partes que hayan prohibido determinadas formas de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco tendrán el derecho soberano de prohibir las formas de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizos de productos de tabaco que penetren en su territorio, así como de imponerles las mismas sanciones previstas para la publicidad, la promoción y el patrocinio que se originen en su territorio, de conformidad con la legislación nacional. El presente párrafo no respalda ni aprueba ninguna sanción en particular.

8. Las Partes considerarán la elaboración de un protocolo en el cual se establezcan medidas apropiadas que requieran colaboración internacional para prohibir completamente la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos.

La sentencia que estudió la constitucionalidad de esta norma es la única que, a juicio propio, puede ser considerada como una sentencia “no importante”¹⁰⁶ en la línea. De acuerdo con López¹⁰⁷, los tipos de sentencia dentro de una línea pueden ser importantes, en la medida en que poseen “peso estructural fundamental”¹⁰⁸ e implican “consecuencias conceptuales profundas y duraderas”¹⁰⁹, en este sentido fijan a través de sus enunciaciones entendimientos delineantes del principio o subregla imperante; o pueden ser no importantes en la medida en que poco añadan a la discusión tal como ha sido entendida a la fecha de ser proferidas.

Debe aclararse que esta sentencia cayó en esa categoría, no porque los contenidos que fijó el tratado no fueran preceptivas relevantes a la luz de los límites a la publicidad comercial con la finalidad de proteger la salud de las personas, sino porque el estudio jurisprudencial que trató esas medidas fue reducido, genérico y laxo, ya que operó bajo la premisa de que las exigencias consagradas en el CMCT eran acoplables a las posibilidades que cada parte pudiera asumir.

Parte de la prueba de lo que se está enunciando aquí se evidencia en el relativo fracaso citacional de la providencia en fallos posteriores, aun en la sentencia C-830 de 2010, la cual estudiaba una medida legislativa expedida en cumplimiento del convenio referido, la alusión fue meramente tangencial.

En tanto esta sentencia no posee peso estructural y es meramente reiterativa de lo sostenido en otras, se le excluye del análisis conceptual e individual que se realiza.

¹⁰⁶ LÓPEZ. Op. cit. p. 163.

¹⁰⁷ LÓPEZ. Op. cit. p. 161.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ *Ibíd.*

3.1.3 Sentencia C-830 de 2010

El ciudadano Pablo J. Cáceres Corrales demandó los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009, la cual consagra “disposiciones por medio de la cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”¹¹⁰ al estimarlos contrarios a los artículos 333 y 334 superiores.

Los artículos demandados prohíben la promoción de productos de tabaco en los “medios de comunicación dirigidos al público en general”¹¹¹ como radio, televisión, cine, periódicos y revistas¹¹²; el patrocinio por productores, comercializadores e importadores de productos de tabaco de eventos deportivos y culturales (Art. 17); la emisión en el territorio nacional de comerciales de tabaco producidos en el exterior (Art. 14); la fijación de vallas y carteles alusivos a tales productos (Art. 15), y en general toda otra forma de promoción de los mismos (Art. 16).

El demandante desarrolla su pretensión partiendo de la consideración de que es inadmisibles la prohibición, dada (a) la licitud de la producción y comercialización del tabaco y productos derivados; (b) debido a que la norma expedida constituye la indebida aplicación de compromisos internacionales adquiridos por el Estado Colombiano, determinados por los lineamientos establecidos por la Organización Mundial de la Salud, de forma tal que

¹¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1335 (21, julio, 2009). Disposiciones por medio de la cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2009. no. 47.417.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² La enunciación completa del artículo 14 contempla: “radio, televisión, cine, medios escritos como boletines, periódicos, revistas o cualquier documento de difusión masiva, producciones teatrales u otras funciones en vivo, funciones musicales en vivo o grabadas, video o filmes comerciales, discos compactos, discos de video digital o medios similares”.

devienen en una violación de las libertades constitucionales a la libre iniciativa privada y libre empresa; (c) debido a que mediante la promulgación de la normativa en comento se da el incumplimiento del “deber [del Estado] de eliminar todas las barreras que impidan el adecuado ejercicio de la libre iniciativa privada”¹¹³, traspasando límites a sus facultades de intervención; (d) debido a que la de acuerdo a la jurisprudencia constitucional¹¹⁴ el empleo de la publicidad en medios de comunicación para la promoción de los productos que se ofrecen al público hace parte de una de las facetas protegidas por el derecho a la libertad económica; (e) dada la necesidad de emplear la publicidad en productos como el tabaco y las bebidas alcohólicas, con la finalidad de cumplir (además de sus naturales objetivos) exigencias legales de informar al consumidor los efectos que la inspiración e ingesta de estos produce en la salud. Esta información, a juicio del actor, configura un criterio relevante para la “formación del juicio de dichos clientes”¹¹⁵.

Problema jurídico. La Corte Constitucional manifestó el problema en la siguiente pregunta: “¿Desconoce la libertad de empresa y la libre iniciativa privada la medida legislativa que prohíbe la publicidad y la promoción del tabaco?”¹¹⁶

3.2 Sentencia que estudia medidas legislativas que limitan la libre difusión de información promocional con fundamento en la independencia de los medios de comunicación

Providencia que responde a la pregunta ¿es violatoria del derecho a la libre empresa la proscripción de la publicidad privada en algunos medios de comunicación?

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Menciona el demandante la providencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹⁵ Cita directa del libelo de la demanda.

¹¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. *Op. cit.*

3.2.1 Sentencia C-010 de 2000

Debido a que en esta providencia fueron demandados múltiples apartes de la Ley 74 de 1966, se limita el estudio a las disposiciones demandadas que guardan relación con el derecho a la libre promoción y publicidad en el marco de la libertad de empresa. Se omite el estudio de la demanda en lo relativo a el artículo 2º, 3º, 5º, 6º 7º literal c y f, 8 inciso tercero y el artículo 19 de la Ley 74 de 1966 relativos a licencias especiales a programas informativos, permiso del Ministerio de comunicaciones a discursos políticos, correspondencia a los “dictados universales del decoro y del buen gusto”¹¹⁷ y a las leyes de la república, cauciones para responder por sanciones administrativas, espacios culturales en todas las emisoras; y se pasa directamente al análisis de los artículos 11 y 13. En tanto las prohibiciones contenidas en estos artículos plantean problemas jurídicos disímiles, se introduce en este apartado el análisis del artículo 11 primero, y se despacha el estudio del artículo 13 para el siguiente. La normativa demandada es del siguiente tenor:

Artículo 11º. Por los servicios públicos de radiodifusión no podrá originarse propaganda comercial.

Tampoco podrá originarse propaganda comercial por los servicios privados de radiodifusión educativa, escuelas radiofónicas o de experimentación científica que estén exentas de derecho de funcionamiento o que reciban subvenciones del Estado. Tales servicios podrán recibir para su programación patrocinio de personas naturales o jurídicas, pero manteniendo en la forma de sus programas la calidad de su carácter y utilizando el patrocinio exclusivamente como medio de educación popular.

[Texto demandado resaltado en subrayas]

El demandante adujo que las prohibiciones establecidas en el artículo 11 son constitutivas de una forma de censura previa, la cual está proscrita por la Constitución Política y la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁸, adicionalmente mencionó que ciertas

¹¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 74 (3, noviembre, 1966). Op. cit.

¹¹⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (22, noviembre, 1969). San José, Costa Rica.

instituciones del derecho internacional reconocen que la publicidad comercial se encuentra amparada por el derecho a la libre expresión, sin agregar cuáles instancias o bajo qué condiciones.

El problema jurídico genérico que planteó la Corporación para la totalidad de la demanda es el que sigue:

El problema constitucional que plantea la demanda es entonces, en gran medida, si las regulaciones legales de los servicios de radiodifusión contenidas en las disposiciones impugnadas representan o no una restricción inconstitucional de la libertad de expresión en general, y de la libertad radial en particular¹¹⁹.

No obstante resulta acertado formular un problema jurídico estructurado en los elementos de análisis que efectivamente trató la Corte para resolver lo relativo a la constitucionalidad de el artículo 11, lo cual no se vinculó siquiera con el establecimiento de formas de censura. Para el análisis puntual de esta disposición lo que la Corte intentó establecer puede resumirse en la siguiente pregunta:

¿resulta violatorio del derecho a la libertad económica la prohibición de propaganda comercial privada en los servicios de radiodifusión pública y en los servicios privados de radiodifusión educativa?

¹¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. Op. cit.

3.3 Sentencia que estudia medidas legislativas que limitan la libre difusión de información promocional con fundamento en los riesgos sociales que conlleva el ejercicio de labores por *profesionales*¹²⁰ sin título de idoneidad y por parte de “espiritistas, hechiceros pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares”¹²¹

Providencia que responde a la pregunta ¿resulta violatorio del derecho a la igualdad, o es discriminatoria la prohibición a los profesionales que carezcan de título de idoneidad o a “a espiritistas, hechiceros pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares”¹²² de emplear la publicidad por medios radiales?

3.3.1 Sentencia C-010 de 2000

Como se expresó, la normativa correspondiente al estudio de este escenario es el artículo 13 de la precitada Ley 74 de 1996, y el análisis de su constitucionalidad se desarrolló en la sentencia C-010 de 2000. La disposición del artículo 13 versa de la siguiente forma:

Artículo 13º Por los servicios de radiodifusión no podrá hacerse propaganda a profesionales que carezcan del correspondiente título de idoneidad, ni a espiritistas, hechiceros, pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares.

El gobierno reglamentará la transmisión de la propaganda comercial sobre productos industriales.

¹²⁰ Se aclara que se considera erróneo hablar de profesional para referir aquellos sujetos que ejercen determinadas labores sin el correspondiente título de idoneidad, en tanto la noción de profesional lleva implícita la existencia del título que acredita tal calidad.

¹²¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 74 (3, noviembre, 1966). Op. cit.

¹²² *Ibíd.*

Igualmente, con la necesaria participación del Ministerio de Salud Pública, reglamentará la propaganda de productos farmacéuticos, higiénicos, alimentarios y similares, pudiendo prohibir aquella que a su juicio atente contra la salud o los intereses del consumidor.

[Texto demandado resaltado en subrayas]

Los argumentos de la demanda fueron los mismos que se esbozaron contra el artículo 11, relativos a la prohibición de establecer censura y a la consideración de la libre promoción como manifestación de la libre empresa por instancias de derecho internacional.

Problema jurídico. Sobre el estudio que imprimió la Corte en el análisis de este caso, se puede reducir que intentó establecer las siguientes cuestiones:

¿Resulta violatorio del derecho a la libertad de empresa la prohibición a profesionales que carezcan del título de idoneidad de hacer uso de la publicidad radial?

¿Resulta discriminatoria y vulneradora del derecho a la libre empresa la prohibición dirigida a “espiritistas, hechiceros, pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares” de emplear la publicidad radial?

3.4 Sentencias que estudian medidas legislativas que limitan la libre difusión de información promocional con fundamento en la protección al carácter ético de las profesiones liberales

Sublínea jurisprudencial que responde a la pregunta ¿resulta violatoria del libre ejercicio de actividades económicas la prohibición al empleo de publicidad comercial a profesionales de las áreas de la salud con fundamento en la protección a la ética en la ejecución de estas labores?

3.4.1 Sentencia C-355 de 1994

En esta ocasión la Corte conoció la demanda contra los artículos 50 y 51 de la Ley 35 de 1989¹²³ estimados por la actora contrarios a los artículos 2, 13, 25, 26, 54 de la Constitución Política. La norma acusada versa así:

ARTICULO 50. Es contrario a la ética servirse de medios publicitarios para "atraer pacientes o" aparecer superior a los demás colegas. Solo será permitido al odontólogo comentar o informar sobre temas profesionales si lo hace en publicaciones o conferencias científicas.

ARTICULO 51. La formación decorosa de clientela debe cimentarse en la capacidad profesional y en la honorabilidad.

La propaganda se manifiesta en contra del odontólogo que la emplea y disminuye el aprecio público hacia la profesión. Este tiene la obligación de elevar su reputación, gracias a su cumplimiento, juicio y capacidades y todo ello solo por medio del servicio prestado a sus pacientes y a la sociedad. El uso de propaganda de cualquier clase que ella sea, es incompatible con este precepto.

[Texto demandado resaltado en subrayas simples, extensión del análisis a toda la norma debido a la imposibilidad de dividir el contenido normativo resaltada en subrayas punteadas]

En la demanda, afirma la ciudadana actora que reconoce y acepta la facultad del Congreso de requerir títulos de idoneidad y la existencia de autoridades competentes que realicen vigilancia al ejercicio de las distintas profesiones, no obstante, refiere que la libertad de escoger profesión u oficio se ve vulnerada por la preceptiva en comento al no permitir al odontólogo darse a conocer por ningún medio. Adicionalmente, considera que la disposición demandada resulta contraria al derecho al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad, en tanto otras profesiones no tienen límites similares.

¹²³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 35 (8, marzo,1989). Sobre ética del odontólogo colombiano. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1989. no. 38.733. Artículo 51.

Problema jurídico. La Corte no planteó un problema jurídico para el caso específico. No obstante, de las consideraciones se desprende que a dónde estaba intentando llegar la Corporación en este estudio fue a establecer si:

¿Resulta contrario a la ética del odontólogo el empleo de la publicidad?

¿Resulta violatoria la prohibición de empleo de medios publicitarios impuesta al odontólogo de los derechos al trabajo, a la libre expresión y a la libre escogencia de profesión u oficio?

3.4.2 Sentencia C-116 de 1999

Mediante acción pública de inconstitucionalidad demandaron los ciudadanos Germán Humberto Rincón Perfetti y Silvia García Convers el artículo 57 de la Ley 24 de 1981 “Por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica”¹²⁴ al estimarlo contrario a los artículos 13, 20 y 25 de la Constitución Política. El texto demandado es transcrito como se sigue:

ARTICULO 57°. La mención de títulos académicos, honoríficos, científicos, o de cargos desempeñados, solamente podrá hacerse en publicaciones de carácter científico.

Los demandantes manifestaron que la disposición limita el derecho de los médicos a la libertad de expresión, en específico al impedirles dar a conocer al público las cualidades de su servicio mediante el empleo de medios de “publicitación o propaganda”¹²⁵ que no sean científicos. Aluden en su argumentación a lo sostenido por la Corte en sentencia C-355 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), en la cual se evidenció la función social de la publicidad y propaganda “tratándose de los profesionales en general”¹²⁶: la cual consiste en informar a la sociedad de las cualidades y atributos propias del profesional, para que con esta

¹²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 23 (18, febrero, 1981). Por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1981. no. 35.711.

¹²⁵ Cita textual de la demanda.

¹²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

información cada usuario tome la decisión de escoger de forma informada. Adicionalmente, estiman la disposición arriba citada como vulneradora del derecho al trabajo “en el principio que consagra la igualdad de oportunidades”¹²⁷.

Problema jurídico. Fue resumido por la Corporación así:

la controversia constitucional planteada en el presente asunto, exige resolver acerca de si la limitación impuesta a los médicos de mencionar sus títulos académicos, honoríficos, científicos o de cargos desempeñados, únicamente en publicaciones científicas, constituye un desarrollo del principio ético que rige dicha profesión, aceptable a la luz del ordenamiento superior vigente, y si sus alcances son razonables y proporcionados a los fines propuestos o, por el contrario, configuran un exceso que quebranta las libertades y derechos relativos a esa profesión y de las personas que la ejercen¹²⁸.

3.5. Sentencia que estudia medidas legislativas que buscan controlar el ejercicio de la libre difusión con fundamento en la protección a los derechos de los consumidores en los casos que se compruebe dolo o culpa grave de los medios de comunicación

Providencia que responde a la pregunta ¿resulta violatoria del derecho a la libre empresa la extensión de responsabilidad solidaria en los casos en que se generen daños al consumidor y se compruebe dolo o culpa grave en la gestión de los medios de comunicación?

3.5.1 Sentencia C-592 de 2012

Demanda el ciudadano José Gregorio Hernández Galindo el artículo 30 (de forma parcial) de la Ley 1480 de 2011 “por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ *Ibíd.*

otras disposiciones”¹²⁹ al considerarlo contrario al preámbulo y los artículos 3, 6, 20 y 78 de la Constitución Política. El cual versa:

ARTÍCULO 30. *PROHIBICIONES Y RESPONSABILIDAD*. Está prohibida la publicidad engañosa. El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados”¹³⁰.

[Texto demandado resaltado en subrayas]

Resulta contrario al preámbulo, a juicio del demandante, al desconocer “el valor justicia”¹³¹ mediante la imposición de responsabilidad solidaria al anunciante, la cual obliga a los medios de comunicación a realizar verificaciones sobre el contenido a pautar que exceden su *alcance* y efectuando *censura* de los anuncios.

Según aduce, estas instituciones únicamente constituyen un medio a partir del cual se hace llegar a “potenciales consumidores y usuarios la propaganda”¹³², pero no se ocupan de la veracidad de la misma, ni las calidades o el contenido de ellas.

En lo referente al artículo 3, manifiesta que la función legislativa debe realizarse con sujeción al contenido de la Carta, y para el caso de marras se obliga a “personas a poner en práctica procedimientos prohibidos en la Constitución”¹³³.

¹²⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480 (12, octubre, 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogota D.C., 2011. no. 48.220. Artículo 30.

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

En lo relativo al artículo 6, el demandante expresa que al obligar a los medios a realizar controles previos a la emisión y difusión y al condenar la abstención de realizarlos, cuando haya dolo o culpa grave, se consagra una sanción cuya responsabilidad no corresponde a la violación de la Constitución ni la Ley, sino al atendimento al procedimiento de censura proscrito por la Carta.

También le merece violación al artículo 20, debido a que la responsabilidad consagrada en la disposición demandada recae sobre quien no tiene conocimiento sobre las calidades de los bienes o servicios promocionados, sino que tiene una función limitada de transmitir el mensaje.

El artículo 78 superior también resulta contrariado, pues la norma en comento excede la responsabilidad que allí se consagra a sujetos que no tienen a cargo la “producción, comercialización o prestación de servicios”¹³⁴, sino que únicamente cumplen una función de difusión de información que les viene previamente suministrada.

El lector puede estarse cuestionando cuál es la restricción a la libre publicidad de bienes y servicios que se predica de esta disposición. Pues bien, de acuerdo con el numeral 13, del artículo 5, de la precitada Ley 1480 de 2011 la publicidad engañosa es “[a]quella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. En tal sentido, la prohibición a la publicidad engañosa conlleva la exigencia de veracidad en la información promocional, y al contemplar la ley que serán responsables ciertos sujetos, determina sobre quienes específicamente recae este deber de claridad. Por esta razón el estudio de esta normatividad fue incluida en este texto como parte de las providencias que analizan normas limitantes a la libre difusión de información promocional.

¹³⁴ *Ibíd.*

Problema jurídico. La Corte identificó como problema el determinar si la expresión “El medio de comunicación será responsable solidariamente sólo si se comprueba dolo o culpa grave”¹³⁵, contenido en el artículo 30 de la ley 1480 de 2011, “impone el deber de censura al medio de comunicación”¹³⁶ y por tanto deviene contrario al artículo 20 y 78 de la Constitución.

No obstante podemos plantear el problema jurídico desde otra perspectiva más acorde con la investigación de la siguiente forma:

¿Resulta violatorio del derecho a la libre empresa el condicionar la emisión de publicidad comercial a exigencias de verificación por parte de los medios de comunicación, en procura de exonerarse de la extensión de responsabilidad?

Con esta última se han establecido todas las problemáticas que pretenden resolver las sentencias que se integran en la línea, a partir del próximo capítulo se realizará una descripción sistemática y dividida de forma temática, a partir de la cual podrá esbozarse el desarrollo de los conceptos comúnmente conocidos por estas sentencias, y que constituye la materia prima para en el capítulo 5, establecer la existencia o inexistencia de tendencias decisionales uniformes. Estos dos capítulos se centran en el desarrollo del paso (iii) basado en la construcción de narraciones sólidas sobre los avances del aporte jurisprudencial en una determinada materia.

¹³⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480. (12, octubre, 2011) Op. cit.

¹³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012. Op. cit.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS TEMÁTICO DE JURISPRUDENCIA

En este acápite se ilustra el desenvolvimiento de la jurisprudencia en los diversos temas que fueron delimitados por los distintos escenarios referidos en el capítulo precedente. Lo primero será hacer referencia a algunos conceptos importantes que influyen la configuración normativa del derecho a la libre promoción, luego estudiar cómo la misma ha sido entendida por la jurisprudencia, con qué disposiciones superiores se ha vinculado, qué límites resultan admisibles y bajo qué circunstancias, y cuál es el nivel de exigencia de escrutinio judicial de las disposiciones legislativas que buscan restringirla.

4.1 MARCO DE DESENVOLVIMIENTO DE LA LIBRE PROMOCIÓN

4.1.1 Sistema económico adoptado por la Constitución

La importancia de entender el sistema económico que adopta la Carta radica en que éste fija las condiciones de ejercicio y de limitación a los derechos a la libre actividad económica, lo cual constituye, como se verá en el aparte 4.3, la libertad nodal a la cual se remite la publicidad y promoción. La Corte fue más o menos consistente durante todas sus disertaciones en aceptar el modelo económico consagrado en la Constitución, si bien varió la denominación del mismo, mantuvo una misma idea frente al rol del Estado en la economía y la posición que la libertad de empresa ocupa en él.

En la sentencia C-524 de 1995 la Corte mencionó que el *sistema económico* correspondiente a Colombia, establecido por el texto constitucional es el de libre mercado¹³⁷, en el cual se garantiza la libertad de empresa dentro de las demarcaciones del bien común¹³⁸ y en el que se erige la libre competencia como un derecho en cabeza de todos, el cual exige

¹³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995. Op. cit.

¹³⁸ COLOMBIA. Constitución Política (6, julio, 1991). Bogotá D.C., 1991. Artículo 333, citado por Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995. Op. cit.

responsabilidades. De igual forma explicó que se reconoce en el Estado la dirección general de la economía y se le otorgan facultades de intervención de acuerdo con el artículo 334 de la Carta.

En la sentencia C-010 de 2000 la Corte precisó que la Constitución adopta una modalidad de “economía social de mercado dirigida”¹³⁹ en tanto se reconoce *genéricamente* el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada, y el reconocimiento de intervención estatal en la misma.

Más adelante, en la sentencia C-830 de 2010, la Corte explicó que el modelo económico adoptado por la Constitución es el de Economía Social de Mercado, en el cual resaltan como importantes características: (a) la libertad de empresa entendida como garantía esencial del desarrollo y (b) la presencia del Estado como director general de la economía, el cuál estará facultado para limitarla en sujeción al “interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”¹⁴⁰.

Como se puede observar son comunes de todas estas descripciones el reconocimiento de las libertades en cabeza de los individuos para libremente acometer actividades económicas con la admisión de límites establecidos por el Estado con fundamento en diversos intereses constitucionalmente valiosos como los identificados en el artículo 334 superior. En el siguiente aparte se pretende introducir en el concepto de libertad de empresa las potestades subjetivas puntuales que obedezcan a dicho derecho y los límites que al mismo resultan admisibles de acuerdo a la esta concepción de sistema económico que la Constitución implanta.

¹³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴⁰ COLOMBIA. Constitución Política (6, julio, 1991). Bogotá D.C., 1991. Artículo 333, citado por Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

4.1.2 Libertad de empresa

Las enunciaciones definicionales de esta noción han sido más bien raras en la línea y las menciones que se han hecho de la misma han consistido mayoritariamente en fijar límites y enmarcarla en el modelo económico referido en precedencia, más que en establecer luces puntuales sobre en qué consiste tal libertad.

Excepción de lo antedicho es la sentencia C-524 de 1995, en la cual la Sala transcribió la definición de libertad de empresa del libro *Constitución y Sistema Económico* de Martin Bassols Coma, la cual se extrae literalmente:

Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial -la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral¹⁴¹.

Esta significación fue reproducida en la sentencia C-830 de 2010, no obstante, la correcta referenciación de la fuente principal, que atribuye la autoría del texto a Martin Bassols Coma, habría desaparecido y se presentaría como un aporte de la jurisprudencia.

En esta última sentencia la Corte también indicó que la libertad de empresa hace parte de las *libertades económicas*, un concepto similar pero más amplio que el primero, de estas se dijo que “son expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de

¹⁴¹ BASSOLS, Martin. *Constitución y sistema económico*. Madrid.:Tecnos, 1988. ISBN: 9788430911554, citado por Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995. Op. cit.

los individuos y de la iniciativa privada”¹⁴². Esta referenciación no ofrece con claridad un entendimiento de las libertades económicas, por tanto resulta importante analizar otras providencias que provean un mejor sentido: en sentencia T-425 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón) se entendieron como la potestad de todo sujeto de realizar “actividades de carácter económico”¹⁴³ de acuerdo a sus facultades y preferencias, encaminadas a acrecentar o mantener su patrimonio; y se dividieron en dos derechos¹⁴⁴: (a) la libertad de empresa, ya estudiada en precedencia y (b) la libre competencia, entendida esta como el derecho de los empresarios, de encaminar sus bienes de producción y sus esfuerzos a “la conquista de un mercado”¹⁴⁵ en igualdad de condiciones con los demás.

Esto por un lado, ahora, la mención a la libertad de empresa fue meramente tangencial en las sentencias C-355 de 1994 y C-116 de 1999 que estudiaron la prohibición al empleo de publicidad por parte de los prestadores de servicios médicos y odontológicos, ambas constitutivas de la sublínea que responde a la pregunta ¿resulta violatoria del libre ejercicio de actividades económicas la prohibición al empleo de publicidad comercial a profesionales de las áreas de la salud con fundamento en la protección a la ética en la ejecución de estas labores? A partir de este momento estas dos providencias empezarán a perfilar diferencias importantes frente a las otras sentencias de la línea en el enfoque a partir del cual abordan el estudio de las medidas, como se verá más adelante, en específico en el aparte 4.3 que analiza los derechos de los cuales resulta derivada la publicidad comercial.

Si bien lo que se ha dicho de definiciones ha sido poco, (como ya se mencionó) la jurisprudencia constitucional ha delimitado el alcance y el contenido de los derechos a la libre empresa a través de otros medios, como la enunciación de los límites admisibles a esta

¹⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001. Op. cit.

¹⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992. Op. cit.

¹⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

libertad a través de la imposición de medidas estatales de carácter restrictivo, esto se analiza en el siguiente subcapítulo.

4.1.2.1 Límites a la libertad de empresa

En sentencia C-524 de 1995 la Corte expuso que la libertad de empresa no es absoluta, en tanto la legislación podrá restringirla de acuerdo al “interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”¹⁴⁶. Adicionalmente en tanto el ejercicio de la misma supone *responsabilidades*, estas operan a su vez como limitantes.

En consonancia con esto, acotó la Corporación en esa misma ocasión que la libertad de empresa en el marco de un Estado Social de Derecho puede verse limitada de manera más severa que otros derechos constitucionales, en el sentido que la Constitución otorga mayor valor a los derechos y libertades de las personas que a aquellos de contenido patrimonial, así las cosas, la Constitución “expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribire todo dirigismo en materia política, ética o intelectual”¹⁴⁷.

No obstante, precisó la Corte, las limitaciones que se impongan al libre ejercicio de la actividad económica tendrán que ser *serias y razonables*, en tanto esta libertad “describe un ámbito de actuación privada”¹⁴⁸; que posee un límite a partir del cual “no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales”¹⁴⁹. Como garantía de respeto a estos criterios, el constituyente dispuso que “las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites

¹⁴⁶ COLOMBIA. Constitución Política (6, julio, 1991). Artículo 333. Op. cit., Citado por Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995. Op. cit.

¹⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

a la libertad económica”¹⁵⁰.

Pero la enunciación de estos criterios de *razonabilidad* y *seriedad* establecen parámetros ambiguos, por tanto en sentencia C-830 de 2010 se reunieron los avances que la jurisprudencia constitucional ha decantado, en cuanto a los elementos de análisis de la legitimidad de las medidas de intervención del Estado en la economía y “el grado de intensidad y la metodología de escrutinio judicial”¹⁵¹ que acompaña el estudio de constitucionalidad de estas normas. En torno a esto se identificaron dos reflexiones relevantes que fijan el derrotero de análisis: (a) los *requisitos de validez* de la regla que materializa la intervención del Estado en la economía los cuales son:

i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de *razonabilidad* y *proporcionalidad*¹⁵².

y (b) los parámetros a partir de los cuales debe realizarse el estudio de la norma, los cuales deben dar cuenta de:

(i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume¹⁵³.

¹⁵⁰ COLOMBIA. Constitución Política (6, julio, 1991). Artículo 150, numeral 21. Op. cit., Citado por Corte Constitucional, Sentencia C-524 de 1995

¹⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

¹⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra citado por Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. Cit.

¹⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-624 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, citado por Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

Esta postura fue reiterada en sentencia C-592 de 2012, en la cual se concluyó adicionalmente que en materias económicas debe operar el criterio de inconstitucionalidad manifiesta, que establece que “sólo si de manera directa la norma vulnera los derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma”¹⁵⁴.

Los elementos constitutivos del rasero de inconstitucionalidad manifiesta fueron insertos en la línea mediante la sentencia C-010 de 2000, la cual los extrajo a su vez de la providencia C-265 de 1994, y reiterados mediante sentencia C-830 de 2010 y la recién aludida sentencia C-592 de 2012, si bien el término inconstitucionalidad manifiesta, no sería acuñado en propiedad sino en esta última.

Lo expresado acerca de las exigencias propias de la facultad de limitar las libertades económicas es predicable de la publicidad comercial solo de forma parcial, en tanto como se verá más adelante en el apartado 4.2 de este texto, el derecho a publicitar se relaciona, de acuerdo con el alcance de la norma, con otros derechos constitucionales que pueden implantar exigencias adicionales al estudio de constitucionalidad. No obstante, la mayoría de las veces, la determinación de la exigencia del estudio de constitucionalidad de las norma que han limitado la publicidad comercial se ha correspondido con el avance que a la fecha de proferir la sentencia, la jurisprudencia hubiera establecido para las normas que limitan las libertades económicas.

Esto será referenciado en el siguiente subcapítulo, tras aludir a los conceptos que posee la jurisprudencia sobre publicidad y promoción; y realizar unas anotaciones puntuales sobre los mismos.

¹⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero citado por Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012.

4.2 PUBLICIDAD Y PROMOCIÓN

En el subcapítulo 4.1 se estudió el nodo común a partir del cual la jurisprudencia constitucional se ha basado para desarrollar la libre promoción, es de advertir que el estudio ha ido avanzando desde las nociones más generales (el sistema económico) hasta las más particulares, lo cual nos ubica en este momento en el análisis de los conceptos de publicidad y promoción a partir de la jurisprudencia.

Mediante la sentencia C-355 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) la Corporación definió dos conceptos relevantes: la propaganda y la publicidad. Dijo del primero que consiste en “la actividad destinada a dar a conocer al público un bien o servicio con el fin de atraer adeptos, compradores, espectadores o usuarios, o crear simpatizantes, a través de cualquier medio de divulgación”¹⁵⁵ y aclaró que el segundo se define como “la propagación de noticias o anuncios de carácter comercial o profesional con el propósito indicado”¹⁵⁶. En la sentencia C-116 de 1999 (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez) y C-830 de 2010 esta definición fue exportada de forma textual, en esta última se sostuvo además que la publicidad constituye un mecanismo que persigue transmitir mensajes persuasivos, que encaminen las preferencias de los ciudadanos hacia la adquisición de ciertos bienes y la contratación de prestación de ciertos servicios¹⁵⁷.

Nociones determinadas por el ordenamiento jurídico vigente fueron referidas en la sentencia C-524 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual la Corte se valió de la definición de propaganda comercial contenida en el artículo 1º del Decreto 3466 de 1982, la cual versa así:

ARTÍCULO 1º. Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas,

¹⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. *Op. cit.*

volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad¹⁵⁸.

Como puede observarse, en este caso también han sido escasos los elementos definicionales, no obstante, mayores luces sobre las connotaciones y los alcances de este derecho es ofrecido por objetivos perseguidos por la publicidad comercial reconocidos por los jueces.

4.2.1 Objetivos de la publicidad comercial

Adicional a los objetivos referidos en la conceptualización del anterior apartado, en los pronunciamientos en que se incluyó la finalidad como un elemento definicional; la Corte en sentencia C-524 de 1995 acotó que la publicidad es empleada por los empresarios para dar a conocer los bienes que ofrecen a la comunidad en el contexto de la ley de oferta y demanda del mercado.

No obstante este es un entendimiento parcial de quienes emplean la publicidad, la cual es instrumentalizada no solo por empresarios, sino también por profesionales. En la sentencia C-355 de 1994 la Corte explicó que dada la actual abundancia de prestadores de servicios, en determinadas áreas, se dificulta la “identificación y localización”¹⁵⁹ de aquellos que están en las mejores condiciones de prestar el servicio, por tanto resulta imperativo que quien posea un determinado “arte o profesión”¹⁶⁰ pueda darse a conocer para ponerlo en función de la sociedad, vinculando así el empleo de la publicidad (además de los empresarios), con los profesionales de distintas áreas.

¹⁵⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 3466 (2, diciembre, 1982). Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1982. no. 33.559. Artículo 1, literal d.

¹⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994. Op. cit.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

En esta misma providencia se dijo que como medios que impactan directamente la experiencia sensorial del receptor, se pueden emplear para resaltar la calidad de un servicio o un bien y se reconoció en ellos una *misión social* consistente en “informar a la comunidad y a cada persona en particular sobre las cualidades o atributos que ciertos profesionales poseen”¹⁶¹ para que con esta información los usuarios puedan seleccionar a quien mejor consideren para efectuar una labor. Esta postura fue reiterada en sentencia C-116 de 1999, la cual agregó que la publicidad constituye un *proceso informativo* encaminado a que las personas conozcan acerca de las calidades de quienes ofrecen sus servicios profesionales y las condiciones en que lo hacen, con la finalidad de que las decisiones que se adopten se ajusten a las necesidades del requirente¹⁶².

En la sentencia C-010 de 2000 se manifestó que su finalidad consiste en “un incentivo para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales”¹⁶³. A partir de este juicio se ignoró, y de ahí en adelante hasta el 2010, la finalidad social que imprimieron las sentencias C-355 de 1994 y C-116 de 1999 a la actividad publicitaria. Recuérdese que el contenido de las normas demandadas en estas últimas providencias restringía la publicidad empleada por profesionales con fundamento en la ética; la providencia C-010 de 2000 analizaba una prohibición similar al restringir el uso de estos medios por determinados prestadores de servicios, a saber: “espiritistas, hechiceros, pitonisas, adivinos” y otros relacionados; y aquellos prestadores que carecían del título de idoneidad correspondiente para efectuar la labor que promocionan.

En la sentencia C-830 de 2010 la Corte reconoció a la publicidad la vital importancia que comporta como parte del proceso de comercialización de productos, en tanto resulta esencial para que los potenciales consumidores conozcan un bien o servicio ofrecido. En tal sentido la publicidad cumpliría un doble fin: el de (a) “prodigar información” y (b) “obtener un

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 1999. *Op. cit.*

¹⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. *Op. cit.*

cambio en [las] tendencia[s] de consumo”¹⁶⁴. No obstante, señaló también que como la publicidad tiene una finalidad persuasiva, carece de “condiciones de imparcialidad o plena transparencia”¹⁶⁵ en la presentación del mensaje que pretende transmitir.

Estos objetivos que son puestos de presente por la Corte influyen en el análisis y el estudio de la exequibilidad de las normas de forma cardinal, en tanto según la concepción que se tenga de sus fines, la publicidad se vincula con distintos derechos constitucionales y fundamentales, y la consideración a los derechos determina el rigor del estudio, la admisibilidad de los fines, la posibilidad de restricción y en últimas la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad de la norma demandada.

Por tanto se pasa a analizar los derechos con los cuales se relaciona, desarrolla y engrana la libre difusión de información promocional, para que con las luces que el próximo aparte brinde, se pase a examinar la rigidez del estudio aplicable a las normas restrictivas de estos derechos. No obstante, una observación ha de hacerse antes, y consiste en que la cercanía de la publicidad con otros derechos depende en gran medida del supuesto de hecho que la norma estudiada por la Corte consagra; así, no es lo mismo hablar de relaciones entre la publicidad y el derecho al trabajo en el caso de prohibirla a los médicos, que cuando se le prohíbe a las empresas productoras de tabaco. No obstante, la Corte a veces, ante supuestos de hecho relacionamente similares a los que ha conocido con anterioridad, ha desvinculado derechos que anteriormente habría considerado anejos a la publicidad comercial, y ahí es donde cobra importancia el valor del precedente referenciado en el segundo aparte de este texto, en tanto en el momento de sostener una posición diferente se genera el deber de justificar las razones de esa división. Veamos qué se ha dicho.

¹⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

4.3. DERECHOS DE LOS CUALES DERIVA LA PUBLICIDAD COMERCIAL

4.3.1 Libertad de expresión

La concepción de este vínculo comenzó a perfilarse en la sentencia C-355 de 1994, en la cual Corte al estudiar la admisibilidad de proscribir la publicidad a los odontólogos, consideró que el derecho “a transmitir o conducir una información a otros”¹⁶⁶ junto con “el correlativo derecho de éstos a recibirla”¹⁶⁷, son *matices* de la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política y objeto de protección constitucional. Dijo que esta “libertad se predica con respecto a las personas que ejercen profesiones liberales”¹⁶⁸ y resulta vulnerada cuando se prohíbe su uso legítimo; en respeto a esta legitimidad los límites a tales derechos deben poseer una “justificación seria, razonable y proporcionada a la finalidad que se busca”¹⁶⁹.

Igual consideración mereció la Corte en sentencia C-116 de 1999, en la cual examinó una prohibición similar para los profesionales médicos, en tal ocasión adujo: “la protección al núcleo esencial de dicha libertad de expresión de los profesionales para promover sus servicios en forma pública, constituye una cortapisa a las restricciones a las que dicho ejercicio se pueda ver sometido”¹⁷⁰, asimismo agregó que las limitantes a las herramientas publicitarias han de ser analizadas a la luz de los alcances de la libertad de expresión y el derecho a informar.

En la Sentencia C-010 de 2000 la postura fue replanteada, en esa ocasión la Corte debió establecer si debido a que las disposiciones demandadas se ocupaban del discurso comercial, se encontraba el Estado habilitado para realizar mayores intervenciones frente a otras manifestaciones de la libre expresión. Para llevar esto a cabo redactó dos

¹⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994. Op. cit.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 1999. Op. cit.

interpretaciones disimiles del asunto: (a) la primera, basada en el tenor literal del artículo 13 de la Convención Interamericana y del artículo 20 de la Constitución Política, a partir de la cual la propaganda comercial “se encuentra plenamente protegida por las garantías propias de la libertad de expresión”¹⁷¹, en tanto estas disposiciones consagran el derecho de las personas de difundir mensajes de toda índole, no obstante explicó que (b) una interpretación “sistemática y teleológica” sugiere un entendimiento alterno: cual es que la propaganda y publicidad comercial no “recibe[n] la misma protección constitucional que otros contenidos amparados por la libertad de expresión”¹⁷² y en este sentido pueden ser intervenidas de manera más intensa.

Esto encuentra justificación en que la Constitución mediante su artículo 78 consagra que la legislación debe regular la información que es suministrada al mercado en la comercialización de bienes y servicios; en cambio la Carta guarda silencio frente a la regulación de otro tipo de información como “política, religiosa, cultural”¹⁷³. La alusión específica a la regulación de la publicidad por parte del constituyente y la omisión en otras materias se deriva de la “estrecha relación de estos mensajes con la actividad económica y de mercado”¹⁷⁴. La Corte entendió esta función de tal manera que llegaría a concluir que la libertad de promoción se encuentra más estrechamente ligada a la libertad económica que a la libertad de expresión.

Adicionalmente, la Corporación explicó que la protección prevalente que ostenta la libre expresión en el ordenamiento jurídico es consecuencia de la importancia que esta implica para la democracia, *i.e.*, *grosso modo* se dijo que la libre expresión era una necesidad para el adecuado fundamento de la democracia en tanto constituye una garantía para la formación y mantenimiento de una opinión pública libre, la cual a su vez permite controlar los abusos de poder y del Estado y aglutina el debate ciudadano sobre asuntos colectivos.

¹⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. Op. cit.

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ *Ibíd.*

¹⁷⁴ *Ibíd.*

En la sentencia C-830 de 2010 en principio adujo la Corte Constitucional citando el Bloque de Constitucionalidad, en concreto el artículo 19-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en el cual se manifiesta la libertad de expresión como la potestad de toda persona para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole) en consonancia con el artículo 20 de la Constitución, que el ejercicio de la publicidad comercial estaría cobijado por la protección que se predica de la libertad de expresión e información. No obstante, explicó que la publicidad comercial no se encuentra en equivalencia en cuanto al grado de protección predicable de otras manifestaciones de este derecho en tanto no es exclusivamente un “instrumento de información”, sino que adicionalmente constituye una manifestación de la libre empresa y un “escenario de garantía de los derechos del consumidor”¹⁷⁵.

La sentencia C-830 de 2010 fue reiterativa de lo sostenido en la sentencia C-010 de 2000, referida en precedencia, en lo alusivo a la conclusión que la publicidad podría ser intervenida de manera más intensa que otras expresiones comunicativas; por varias razones (y en este sentido de la mano del razonamiento otrora puesto): (a) en principio como consecuencia de la consagración en el artículo 78 superior de la facultad del deber del legislador de regular la información que ha de suministrarse al público en la comercialización de bienes y servicios; y en segundo lugar (b) debido a que no tiene por objeto alentar la participación y deliberación democráticas, sino simplemente facilitar las transacciones económicas”¹⁷⁶.

Los esfuerzos por separar la publicidad comercial del derecho a la libre expresión fueron agudizándose a lo largo de la sentencia, en este sentido la Corte realizó una labor compendiadora, en aras de ilustrar con mayor claridad el grado de protección que se ha otorgado al *discurso comercial*. Haciendo un breve recuento del escenario estadounidense, mencionó los casos en que esa posición fue tornando lentamente desde no reconocerle

¹⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

protección alguna al *discurso comercial*, hasta admitir que en él se generan derechos a la información de los consumidores, haciendo la mención siempre de que corresponde a una categoría de protección distinta de la predicable de la libre expresión. De este recuento afirmó:

la transformación que ha sufrido el grado de protección del discurso comercial, el cual no era objeto de salvaguardia en una primera etapa, pero que fue progresivamente logrando niveles específicos de garantía, aunque siempre comprendiéndose como un discurso separado y particular, distinto al destinado a la promoción de ideas, debate e información¹⁷⁷.

A partir de esto la Corte fue estableciendo bifurcaciones en las connotaciones de la publicidad como contenido informacional, *i.e.*, expresó que el mensaje publicitario se manifiesta “en los planos económicos, de información al consumidor y del discurso limitadamente protegido por la libertad de expresión”¹⁷⁸, estudiemos estas manifestaciones más a fondo: de acuerdo con la Corte, del discurso comercial se derivan dos contenidos, cada uno correspondiente a materias constitucionales distintas. Uno de estos componentes es el objetivo de la publicidad de comunicar a los consumidores las condiciones de los bienes y servicios con el fin de que estos tomen decisiones informadas, este plano recibe, a juicio de la Sala, mayor protección¹⁷⁹. El segundo contenido busca “promocionar la adquisición de un bien o servicio”¹⁸⁰, esto es una pretensión persuasiva hacia determinados productos ofrecidos. Este segundo contenido

¹⁷⁷ US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. Analysis and Interpretation of the Constitution. Annotations of Cases Decided by the Supreme Court of the United States. 2002, p. 1176-1185. Disponible en Internet: <http://www.gpoaccess.gov/constitution/browse2002.html#supp>, citado por Corte Constitucional. Sentencia C-830. Op. cit.

¹⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-830. Op. cit.

¹⁷⁹ La enunciación puntual de la Corporación fue: “la Corte recordar como la publicidad comercial [...] se expresa en un plano informativo y en uno persuasivo. El primero de ellos obtiene reconocimiento constitucional en razón de su vínculo con la protección de los derechos del consumidor y, de forma restrictiva y excepcional, por la libertad de expresión y de información”. *Ibid.*

¹⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit..

se puede ver sometido a restricciones más intensas que el primero y se sujeta a las normas propias de intervención del Estado en la economía.

Al desligar el derecho de informar del promotor con la libertad de expresión, manifestando que únicamente ostenta este derecho el usuario, como receptor del discurso comercial (en tanto se debe garantizar que este pueda acceder a la información) la Corte logró desterrar una de las principales razones que demandaban mayor grado de rigidez al análisis que habría de aplicar en el *test de proporcionalidad*, en tanto lograría comprobar que la materia objeto de estudio se enmarca en aquellas que tradicionalmente se han vinculado con un test débil (asuntos de intervención del Estado en la economía). Adicionalmente consideró que el plano informativo de la publicidad para el caso de productos nocivos para la salud, consistía únicamente en informar sobre la nocividad que generan, necesidad que se hallaba satisfecha a partir del deber estatal de “prever una política de salud pública antitabaquismo, con obligaciones concretas de educación y prevención del consumo”¹⁸¹ consagrado en la Ley 1335 de 2009 y las exigencias de información en el empaquetado de estos productos contenidas en la misma ley.

Más adelante, en la sentencia C-592 de 2012 la Corporación señaló que la libertad de expresión y la publicidad comercial tienen *diferencias ontológicas*¹⁸² que hace que no obtengan el mismo grado de protección y por tanto admiten grados diversos de intervención estatal (esto último como consecuencia del contenido del artículo 78 superior y el silencio que guardó el Constituyente frente al control de otras expresiones como las políticas o religiosas).

Sostuvo la Sala en este pronunciamiento que la libertad de expresión en sentido estricto, o “en su genuina naturaleza”¹⁸³, no tiene finalidades patrimoniales en tanto es una “proyección

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² En esta enunciación se encuentra la más drástica y categórica separación entre estos dos conceptos.

¹⁸³ Sentencia de C-592 de 2012. *Op. cit.*

orgánica de las libertades de las personas, particularmente de la libertad de pensamiento”¹⁸⁴, que se relaciona con el derecho de asociación para expresarse de forma grupal. Concentra la Corte de manera muy dicente lo sostenido en múltiples pronunciamientos pasados (sentencias C-445 de 1995, C-176 de 1996 y C-010 de 2000.) al afirmar: “[e]l 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 lucro”¹⁸⁵.

De esta forma concluye el acápite que analiza las relaciones entre el derecho a la libre promoción y la libertad de expresión. Otros derechos a los cuales ha sido vinculada la publicidad comercial de forma reiterada han sido el trabajo y la libre escogencia de profesión u oficio, el primero pasa a estudiarse a continuación.

4.3.2 Derecho al trabajo

En la sentencia C-355 de 1994, la Corte vinculó la publicidad y promoción con el derecho al trabajo, sobre este adujo en esa ocasión que es un “derecho-deber”, el cual posee como elementos mínimos esenciales el de igualdad de oportunidades y la proscripción al ente legislativo de “menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos”¹⁸⁶ del trabajador. Sobre la igualdad en materia laboral, la Corte remitió al Convenio Internacional del Trabajo No. 111 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, ambos integrados al ordenamiento doméstico. A la luz del primero se entiende que se configura un trato discriminatorio “cuando se permite cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, religión, opinión política, ascendencia nacional

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994. *Op. cit.*

u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades”¹⁸⁷. Por otro lado el Pacto, exige a cada Estado parte la obligación de “reconocer a toda persona el derecho de gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”¹⁸⁸ y de *asegurar* a todos los trabajadores igualdad de condiciones para ser promovidos en sus labores a la “categoría superior que les corresponda”¹⁸⁹; tomando esto en juicio, la Corte consideró que frente a los trabajadores independientes, una manera de hacer tangible la igualdad de oportunidades y las posibilidades de *promoción* y *éxito* consiste en la ausencia de barreras para darse a conocer junto con sus calidades distintivas, mediante el empleo de la publicidad y propaganda.

Un razonamiento muy similar fue el discurrido por la Corporación en la sentencia C-116 de 1999, en la cual se estudió la prohibición de empleo de publicidad a médicos, contenida en el artículo 57 de la Ley 24 de 1981. En esta, si bien no se enlazó textualmente la publicidad con el derecho al trabajo, sí se reconoció en el empleo de la misma por los profesionales de la salud (adicional al interés general “relacionado con el bienestar de las personas en condiciones de vida digna y saludable y de la consecución de una comunidad sana”¹⁹⁰), un mecanismo idóneo para satisfacer el interés particular del profesional, vinculado con “su crecimiento y desarrollo personal y económico a través del ejercicio profesional [...] compatible con el propósito esencial y general de la medicina”¹⁹¹.

¹⁸⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C111 (25, junio, 1958). Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Ginebra, Suiza. Artículos 1 y 2, citado por (no textual) Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994. Op. cit.

¹⁸⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (3, enero, 1976), citado por (no textual) Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994. Op. cit.

¹⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994. Op. cit.

¹⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 1999. Op. cit.

¹⁹¹ *Ibíd.*

4.3.3 Libertad de escoger profesión u oficio

La precitada sentencia C-355 de 1994, rotuló uno de sus apartados como: “Vulneración de la libertad de escoger profesión u oficio cuando la ley regula el trabajo en condiciones injustas y discrimina entre las profesiones”, allí la Corte estimó que esta libertad consagrada en el artículo 26 constitucional, resulta vulnerada cuando “hecha la correspondiente elección, su titular no puede ejercer en condiciones de dignidad, igualdad, libertad y justicia y dentro de los límites y las variables que la Carta Política consagra”¹⁹² la profesión seleccionada. Ahora bien, la Corte expresó que para alcanzar la igualdad de oportunidades¹⁹³, especialmente para el caso de trabajadores independientes, debe proporcionarse la “ausencia de restricciones que impidan a éstos dar a conocer las calidades profesionales que le son propias a través de la propaganda y la publicidad”¹⁹⁴ en tanto con el empleo de estos medios se pone en conocimiento de los potenciales usuarios, quienes serán en últimas los contratantes, el capital humano puesto a su disposición por el profesional.

Analizadas estas consideraciones frente al derecho al trabajo y a la libre escogencia de profesión u oficio se pasan a estudiar las relaciones entre la publicidad comercial y las libertades económicas, las cuales se han dado de manera más marcada que cualquier otra asociación conceptual.

4.3.4 Libertades económicas

Todas las sentencias hicieron alusión a la libertad de empresa como un derecho del cual resulta desarrollada la libre promoción, no obstante unas enfatizaron en esto más que otras; la providencia que con más incidentalidad trató la relación¹⁹⁵ fue la C-355 de 1994, en la cual

¹⁹² Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994. Op. cit.

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ Este pronunciamiento, en sentido alterno, vinculó la publicidad con el derecho al trabajo, a escoger profesión u oficio y a la libertad de expresión, como se estudió en precedencia.

la única mención que se hizo referente a la libertad económica la constituyó la evocación a que el Estado debe fijar las reglas para la instrumentalización de las actividades promocionales, con el fin de proteger las “libertades constitucionales fundamentales de la actividad y competencia económicas, empresa, iniciativa privada y ejercicio de profesiones u oficios”¹⁹⁶ y solo debe restringirla en casos en que resulte imperativo cuando se avizore la posibilidad de abuso de ellas o se afecten otros derechos.

Un año más tarde, en sentencia C-524 de 1995, cuando la Corte conoció la norma que restringía la emisión de publicidad sobre productos de tabaco y licor a la sujeción que determinara el CNE, se vinculó la publicidad con el derecho de los empresarios de participar en el mercado regido por la ley de oferta y demanda, al entenderla como un instrumento dirigido a anunciar sus productos en ese contexto.

Más adelante, en sentencia C-010 de 2000 la Corporación entendió que en tanto la publicidad se enfoca en “un incentivo para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales”¹⁹⁷ se encuentra estrechamente ligada a la libertad económica. Recuérdese que en esta providencia se expresó que la libertad del discurso comercial no es asimilable a otros discursos derivados del derecho a la libertad de expresión, al entender que ésta última cumple un rol vital en el funcionamiento de una democracia, en tanto garantiza la existencia de una “opinión pública libre”¹⁹⁸. Por otro lado, la publicidad comercial no contribuye decisivamente a la formación de ningún presupuesto de la democracia y por tanto no recibe el mismo grado de protección que otros discursos de la precitada índole.

En sentencia C-830 de 2010 estableció la Sala que la regulación de la propaganda comercial se encuentra comprendida en la Constitución Económica, la cual fue significada en la sentencia C-592 de 2012 reiterativa de esta postura, como “el conjunto de normas

¹⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994. Op. cit.

¹⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. Op. cit.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad productiva”¹⁹⁹.

La sujeción de la publicidad comercial a la Constitución Económica es consecuencia de que la primera “es desarrollo del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad económica”²⁰⁰, en tanto se vincula “con la actividad productiva y el mercadeo de bienes y servicios”²⁰¹. El entendimiento de la publicidad como desenvolvimiento de estos derechos deriva en múltiples fundamentos que justifican que la misma sea restringida, los cuales son muy distintos de los que se encuentran en las medidas que la vinculan con el derecho al trabajo, o a la libre escogencia de profesión u oficio, o con la libre expresión. Las razones que implican restricciones están unidas estrechamente con el entendimiento del derecho de que se trate, este asunto es analizado en el subcapítulo siguiente.

4.4 RAZONES QUE JUSTIFICAN LA INTERVENCIÓN EN LA LIBRE PROMOCIÓN

En este acápite se indaga acerca de los motivos que la Corte encontró en las normas jurídicas objeto de estudio para realizar restricciones a la libre promoción. Cuáles fueron legítimamente impuestos y administrados en las medidas, o por contraste, cuáles fueron excesivos en correspondencia con las restricciones que imponían.

Desde un principio se adelanta, la mayoría de las veces las finalidades adjudicadas a las disposiciones en comento fueron reconstruidas por la Corte, o fijadas a partir de lo que “debe ser” el objetivo de una medida del tipo de la que se estaba estudiando, cualquiera sea. Solo en dos ocasiones la Corporación se remitió a la exposición de motivos de las disposiciones demandadas (sentencias C-116 de 1999 y C-592 de 2012), las providencias proferidas en

¹⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012. Op. cit.

²⁰⁰ *Ibíd.*

²⁰¹ *Ibíd.*

estas ocasiones encontraron allí mayores luces sobre las pretensiones del legislador al limitar el derecho a la libre promoción, y por tanto contaron con mayor y más completa información al analizar estas normas.

En el primer pronunciamiento de la línea, sentencia C-355 de 1994, la Corte expuso que es admisible que se emplee la publicidad y propaganda por quienes ejercen profesiones liberales para darse a conocer, en el marco de la ética y la libre competencia, de forma tal que no configuren abuso del derecho. Así que, el legislador puede, en aras de proteger estos bienes, limitar los primeros legítimamente.

En esta misma providencia acotó que la finalidad de las disposiciones restrictivas del empleo de la publicidad en el caso de quienes ejercen profesiones liberales, debe ser el de impedir el uso de la publicidad de forma indebida en perjuicio de los derechos de otros profesionales que se desempeñen en el mismo campo y en detrimento de los intereses de la sociedad que recepciona información “equivocada, exagerada y distorsionada”²⁰², propósito que se vio, a juicio de la Corporación, desbordado en la sentencia en comento mediante la prohibición específica al empleo de publicidad por los odontólogos, en tanto afectaba sus derechos fundamentales, tal como se verá al momento de estudiar el juicio de proporcionalidad aplicado.

En la sentencia C-116 de 1999, la Corte al estudiar las razones que justificaban la medida que prohibía el empleo de publicidad a los médicos, se remitió a la exposición de motivos de la ley objeto de estudio²⁰³, de la cual dedujo que la finalidad referida para imponer la restricción consiste en el amparo de “la seriedad que debe conllevar el ejercicio de la ciencia médica”²⁰⁴. Esta justificación posee un fundamento *serio y razonable*, máxime si se considera que el bien objeto de protección es “la seguridad y certeza en la información que

²⁰² Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994. Op. cit.

²⁰³ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Historia de las leyes: legislatura de 1981. Bogotá: Tomo I, p. 521, Citado por Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 1999. Op. cit.

²⁰⁴ *Ibíd.*

sobre los servicios profesionales se difunda en la población respecto de quienes se encargan del cuidado de la salud, la integridad personal y, por ende, la vida”²⁰⁵.

En la sentencia C-010 del 2000 se identificaron cuatro distintas finalidades enunciadas en los artículos 11 y 13 de la Ley 74 de 1966. El primero prohíbe en su inciso primero que en los servicios públicos de radiodifusión pueda pautarse publicidad comercial. Esta intervención legislativa está encaminada, a juicio de la Sala, a evitar la *colonización* del servicio público de radiodifusión por “intereses comerciales privados”²⁰⁶, para mantener “la independencia de la información y opinión”²⁰⁷ de la radio pública.

En lo relativo al inciso segundo del mismo artículo, el cual establece que “tampoco puede haber propaganda comercial en los servicios privados de radiodifusión educativa, escuelas radiofónicas o de experimentación científica que estén exentas de derecho de funcionamiento o que reciban subvenciones del Estado”²⁰⁸, la Corte rescató las acotaciones realizadas por la Procuraduría en su participación en el caso, al señalar que la preceptiva busca proteger un interés constitucionalmente valioso, el cual consiste en impedir que los intereses comerciales que introduce la publicidad comercial interfieran en los valores que se difunden mediante programas educativos y culturales²⁰⁹.

La Corte señaló que la posible injerencia de los intereses privados en los medios es una preocupación razonable, en tanto existen *evidencias históricas* en que los poderes económicos han afectado “la autonomía de los medios de comunicación y la veracidad de los contenidos que éstos divulgan”²¹⁰. Ocasiones como esta se han presentado cuando “algunos grupos económicos han condicionado el mantenimiento de la pauta publicitaria

²⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 1999. Op. cit.

²⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-010 del 2000. Op. cit.

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 74 (3, noviembre, 1966). Artículo 11. Op. cit.

²⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. Op. cit.

²¹⁰ *Ibíd.*

a que los medios desarrollen determinadas políticas informativas”²¹¹ y cuando los “anunciantes, en connivencia con los medios, han hecho aparecer su publicidad comercial como información noticiosa”²¹²; influencias de esta magnitud son desconocedoras del principio de veracidad y la libertad periodística, las cuales deben ser amparadas por el Estado según mandato constitucional. En este sentido las dos prohibiciones del artículo 11 fueron consideradas legítimas por la Corporación y declaradas exequibles.

El artículo 13, por otro lado, contenía una prohibición de distinta naturaleza, la cuál consistía en que:

Artículo 13. Por los servicios de radiodifusión no podrá hacerse propaganda a profesionales que carezcan del correspondiente título de idoneidad, ni a espiritistas, hechiceros pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares.

La Corte diseccionó el análisis del artículo tomando como criterio diferenciador los destinatarios de la norma, identificando dos contenidos prohibitivos: en un comienzo la norma consagra la prohibición de propaganda radial a los profesionales que carezcan de “título de idoneidad”²¹³; según el artículo 26 de la Constitución Política la ley podrá exigir estos títulos en los casos en que los oficios llevados a cabo por el “profesional” conlleven un *riesgo social*. El razonamiento aplicado por la Sala fue el siguiente:

si la ley puede supeditar el ejercicio de esas profesiones u oficios a que la persona demuestre su idoneidad, por medio del título respectivo, es natural que también la ley pueda prohibir que quienes carezcan del correspondiente título puedan utilizar la radio para hacer publicidad para una ocupación que es ilegítima.

Para la Corte resultó claro que la legislación puede impedir la anunciación publicitaria de

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² *Ibíd.*

²¹³ COLOMBIA. Constitución Política (6, julio, 1991). Artículo 26. *Op. cit.*, citado por Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. *Op. cit.*

una práctica que se encuentra prohibida, por tanto declaró exequible la primera prohibición contenida en el inciso primero del artículo 13.

Frente a la segunda prohibición, cuyos destinatarios son “espiritistas, hechiceros, pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares” la Corte formuló dos posibles razones que la justificasen. La primera fue desestimar que las personas acudan a los sujetos ahí establecidos por considerar que las actividades que desarrollan son en sí mismas riesgosas y dañinas, la Corporación no encontró en esto sustento suficiente pues no identificó a primera vista riesgos sociales que pudiera generar su ejecución ni peligros evidentes a derechos de terceros; la segunda razón que identificó consiste en intentar evitar que el público sea “engañado por una publicidad exagerada de parte de esas personas”²¹⁴. Sobre este respecto la Sala estimó válido que las leyes pretendan reglamentar que la información que reciben los consumidores sea veraz e idónea, en cumplimiento del compromiso a ella encomendado mediante el artículo 78 superior, según el cual debe reglamentar la información que se proporciona al público en la comercialización de bienes y servicios. En el entendido de que la legislación puede regular la publicitación de los servicios contenidos en el artículo 13, para evitar falsas expectativas en los usuarios, no resulta viable que opte por la prohibición total de la promoción radial de tales oficios, en tanto son legalmente ejercidos y no implican riesgos sociales ciertos. De estas afirmaciones puede leerse que el medio consagrado por la norma para alcanzar la finalidad propuesta, fue excesivo o desbordó su objetivo, esto será estudiado más adelante en el análisis de proporcionalidad, por ahora, téngase presente que la Corte identificó que la protección del consumidor de posibles engaños es una razón válida para interponer restricciones a la libre promoción.

De forma similar, en la sentencia C-592 de 2012 la Corte expresó que al extender la responsabilidad por perjuicios ocasionados a los consumidores en caso de dolo o culpa grave comprobable a los medios (en los términos del artículo 30 de la Ley 1480 de 2011), se

²¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. Op. cit.

pretende proteger a los primeros de la publicidad engañosa definida en el artículo 5°- numeral 13- de la precitada ley (estudiada en el subcapítulo 3.5 de este texto), lo cual desarrolla el deber estatal consagrado en el artículo 78 constitucional de amparar a los consumidores en las relaciones comerciales y “vincula tanto el valor justicia mencionado en el preámbulo de la Carta, como también el principio de responsabilidad social de los medios de comunicación, consagrado en el artículo 20 Superior”²¹⁵.

Este deber que ha entendido la jurisprudencia de la lectura del artículo 78 de la Constitución, materializado textualmente en el control a la calidad de bienes y servicios y la información a suministrar al público ha sido considerado por la jurisprudencia como uno de los principales argumentos que han justificado la intervención restrictiva del mensaje publicitario, por tanto merece un tratamiento individualizado que se verá en el subcapítulo siguiente.

Ahora, ubicándonos en la línea que estudia las medidas legislativas que limitan el derecho a la libre difusión de información promocional con fundamento en la protección del derecho a la salud de la población, la sentencia C-524 de 1995 (que estudió la constitucionalidad de sujeción de la publicitación de cigarrillos y bebidas alcohólicas a los horarios fijados por el CNE), en aras de concluir que los productos derivados del tabaco y las bebidas alcohólicas afectaban efectivamente este bien constitucional, acudió a dos vías: (a) primeramente se remitió a los artículos 16 y 17 de la Ley 30 de 1986, los cuales establecen la nocividad de la ingesta e inhalación del alcohol y cigarrillo respectivamente, y (b) los cotejó con conceptos médicos de múltiples instituciones acreditadas²¹⁶, solicitados por el magistrado sustanciador de los cuales se concluyó que el consumo de estos productos podían inducir a daños en el organismo si su consumo era desmesurado.

²¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012. Op. cit.

²¹⁶ La Corte fundamentó sus conclusiones sobre la nocividad de estos productos basándose en los conceptos de la Decanatura de la facultad de medicina de la Universidad Javeriana, la Decanatura de la facultad de medicina de la Universidad Nacional y el Instituto de Medicina Legal.

Otra finalidad importante extraída de esta sentencia, que fue solo esbozada someramente, consiste en que la medida tenía también por finalidad proteger los derechos a la salud y vida de los niños, en tanto pretendía impedir que la publicidad que induce al consumo de productos que atenten contra la salud fuere de fácil acceso a estos últimos.

En la sentencia C-830 de 2010 la Corte identificó como finalidad del articulado que proscribía de forma total la publicidad para productos de tabaco, la protección de la salud de la población; los contenidos de este razonamiento identificables a primera vista son dos: (a) la consideración de que el tabaco y sus productos derivados conllevan riesgos o daños ciertos en la salud de las personas y (b) que la publicidad tiene un impacto en las decisiones de consumo de las personas encaminado a adquirir bienes en general, y de este producto nocivo en particular. Ambas consideraciones fueron zanjadas (a diferencia de los estudios efectuados en su predecesora, sentencia C-524 de 1995) mediante la alusión al CMCT, la primera en tanto el Estado hace un reconocimiento expreso del carácter nocivo del tabaco al suscribir el tratado, de acuerdo al preámbulo del mismo; y la segunda en un reconocimiento similar contenido en el artículo 13, consistente en el entendimiento de que en tanto la publicidad comercial de los productos tiene por finalidad incidir en las decisiones de consumo de los ciudadanos, en el sentido que opten por adquirir los bienes que ellas transmiten, la supresión de estos actos llevará a la disminución del consumo del bien pautado.

Una consideración de tipo normativo, alusiva a la permisión del Estado a intervenir en la publicidad comercial en aras de restringirla o prohibirla, presente en casi todas las sentencias, fue la mención al contenido del artículo 78 constitucional, el cual consagra el deber estatal de (mediante la expedición de leyes) controlar tanto la calidad de bienes y servicios ofrecidos al público, como la información que en su comercialización se emplee. Este tema particular, debido a su importancia, pasa a estudiarse a continuación de forma individual.

4.4.1 El control de calidad de bienes y servicios del artículo 78 superior

En la sentencia C-524 de 1995 la Corte se preguntó si el legislador al limitar la publicidad comercial de tabaco y alcohol a la regularidad y horas fijadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes violaba el derecho a la información y a la prohibición de establecer censura a los medios de comunicación, a lo que respondió de forma negativa, pues según el artículo 78 Constitucional, el legislador se encuentra facultado “para señalar la información que debe suministrarse al público en la comercialización de los bienes y servicios”²¹⁷, dentro de esta información se encuentra, a juicio de la Corporación, inmersa la publicidad comercial.

Más adelante, la Corte rememoró en la sentencia C-116 de 1999 que la Constitución Política mediante su artículo 78 faculta al legislador para expedir normas que “determinen la forma en que la información de los servicios profesionales debe ser públicamente ofrecida”²¹⁸. Estas normas pueden soportarse en *consideraciones éticas* con la finalidad de impedir la causación de perjuicios en el desarrollo de las profesiones o la afectación al interés general.

En la sentencia C-830 de 2010 la Corporación hizo referencia a que mediante el artículo 78 de la Constitución, se “vincula la intervención estatal de la publicidad comercial a los derechos del consumidor”²¹⁹. Igualmente anotó que la actividad de intervención del Estado en este campo se condensa en garantizar que las decisiones de los consumidores sean informadas, con el fin de disminuir posibles asimetrías de la información al momento previo de adquirir los bienes.

Posteriormente, en la sentencia C-592 de 2012, se resaltó el carácter mercantil de la libertad de promoción y la consagración, en cabeza del legislador, del deber de regulación del control de la calidad de bienes y servicios e información a suministrar en su ofrecimiento, por

²¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995. Op. cit.

²¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 1999. Op. cit.

²¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

contraste, no se estableció control de otras expresiones de información como las políticas o religiosas.

No obstante estas obligaciones de restricción, bien sea que deriven de la protección del derecho a la salud, o de la protección de los consumidores o cualquier otra fuente; impartidas con fundamento en el artículo 78, no pueden manifestarse en disposiciones de cualquier entidad, por tal motivo la Corte ha fijado límites al nivel de intervención del Estado en la regulación de la actividad publicitaria, con la finalidad de proteger los derechos constitucionales en cabeza de los empresarios y de los profesionales. En el siguiente acápite pasa a analizarse cuales son los límites que la jurisprudencia ha fijado estas medidas y el desarrollo del contenido del examen de constitucionalidad llevado a cabo para estudiarlas.

4.5 LÍMITES A LA INTERVENCIÓN

Volviendo a la sentencia C-355 de 1994, la Corte tras reconocer en el derecho de los odontólogos a publicitar libremente sus servicios una derivación de la libertad de expresión, adujo que para limitar estos derechos se debe poseer una “justificación seria, razonable y proporcionada a la finalidad que se busca”²²⁰, igualmente explicó que la restricción a este derecho no podía ser de una intensidad tal que lo hiciera *nugatorio*. La postura fue reiterada en la sentencia C-116 de 1999, en la cual se expresó que la publicidad empleada por los médicos puede sujetarse a controles estatales, establecidos en la ley, siempre y cuando “su sustento sea serio, razonable y proporcionado al fin que con la medida se pretende”²²¹.

En esta misma providencia la Corte arguyó que el alcance de estas normas no puede llegar a afectar el núcleo esencial del derecho restringido, ni dar lugar a normas “irrazonables o desproporcionadas”²²².

²²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994. Op. cit.

²²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 1999. Op. cit.

²²² Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara citado (no textual) por Corte Constitucional.

Tras analizar la finalidad de la medida que prohibía a los profesionales de la salud hacer uso de la publicidad, la Corte concluyó que la misma pretendía un propósito legítimo el cual precisó en “garantizar seriedad en el ejercicio de la ciencia médica”²²³ (tal como ya se referenció), no obstante, aun cuando el establecimiento de la legitimidad de la medida no supuso mayor problema, la Corporación explicó que en cuanto a la proporcionalidad de la prohibición en relación con la finalidad que pretende, “el estudio debe ser más estricto”²²⁴. En esa oportunidad se advirtieron y plantearon “reparos frente al efecto que la medida produce en las libertades y derechos fundamentales del destinatario de la norma”²²⁵ lo que llevaría a la Corte a declararla inexecutable.

Allí precisamente es donde toma importancia la reflexión judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad, en tanto “el núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar”²²⁶ a partir del cual se prohíben limitaciones desproporcionadas.

La Corte estableció que la protección del núcleo esencial de la libertad de expresión radicada en cabeza de los profesionales para promover sus servicios, se erigía como una barrera a las restricciones que pudieran imponerle y que tal núcleo no podía verse afectado por ningún motivo²²⁷.

Consideró también que el propósito proseguido por la norma en comento podía lograrse por otras vías menos lesivas, como el control legislativo al ejercicio publicitario mediante la delimitación de lo que supone su ejercicio dentro de la ética, integrado a las sanciones

²²³ Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 1999. Op. cit.

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Citado (textual) Sentencia C-116 de 1999. Op. cit.

²²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 1999. Op. cit.

consagradas como falta a la ética médica en la Ley 23 de 1981, evitando así generar perjuicios a la competencia leal entre profesionales de una misma rama.

Con la sentencia C-010 de 2000, mediante el cambio de concepción en el que se ligó la publicidad con la libertad económica, se explicó que una regulación en materia de publicidad comercial es ajustada a la Constitución cuando “constituye un medio adecuado para alcanzar un objetivo estatal legítimo”²²⁸ y solo puede ser declarada inexecutable si vulnera derechos fundamentales de forma directa, es discriminatoria o claramente viola mandatos constitucionales, o es manifiestamente irrazonable o desproporcionada²²⁹. Si bien la Corte mencionó que en precedencia el derrotero para determinar la legitimidad de medidas que restringen la publicidad fue fijado por las las sentencias C-265 de 1994 y C-445 de 1995, es preciso anotar que en estas ocasiones se conocieron casos de intervención del Estado en la economía, pero no se refirieron específicamente al tema de la publicidad.

El derrotero leído en precedencia describe los elementos constitutivos de la inconstitucionalidad manifiesta, si bien no se le atribuyo de inmediato ese nombre, años más tarde en la sentencia C-592 de 2012 la Corte recitaría este aparte para referir esta categoría conceptual, según la cual solamente podrá haber una declaratoria de inexecutable ante contravenciones directas y palmarias al texto constitucional. Pero no es preciso adelantarse aun, volviendo a la sentencia C-010 de 2000 la introducción de este concepto no fue menos que chocante, máxime si se tenía en cuenta que en la normatividad ahí estudiada se debatía la publicidad de las labores que constituían el sustento de ciertas personas (a saber de espiritistas, adivinos, hechiceros y similares) a las cuales no se les dio consideración alguna a la luz del derecho al trabajo.

No obstante el criterio de inconstitucionalidad manifiesta no fue aplicado en todo su rigor, en tanto la Corte estableció diferencias entre el contenido prohibitivo de los artículos 11

²²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000.

²²⁹ *Ibíd.*

y 13, frente al segundo se exige más cautela. Veamos: recuérdese del artículo 13 la Corte adujo que en tanto la medida no tenía un carácter neutro frente a los discursos que proscribía (*i.e.*, prohibía a determinados sujetos el empleo de la publicidad guardando silencio sobre otros) el problema que de ella emanaba era constitucionalmente más complejo, y por tanto el control de constitucionalidad aplicable al caso habría de ser más estricto.

Así, la Corte empleó el criterio de constitucionalidad manifiesta únicamente para las prohibiciones del artículo 11, frente a las proscripciones del artículo 13 y especialmente la segunda prohibición del mismo, exigió la vigorización del escrutinio judicial basándose en un criterio de igualdad, en tanto debía estudiarse si al incluir en la prohibición determinados sujetos, pero excluyendo o callando sobre otros, la medida podría resultar discriminatoria, en tal sentido agregó un paso más al examen, consistente en comprobar la existencia de razones constitucionalmente admisibles que expliquen por qué la ley restringe unos discursos dejando otros de lado.

No obstante, se retrocedió en la exigencia de rigor al estudio de constitucionalidad en la sentencia C-830 de 2010 (que estudió la constitucionalidad de la prohibición total a la publicidad del tabaco contenida en los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009), en la cual la Corte puso de manifiesto que la intensidad del análisis de constitucionalidad para las normas que estudian la restricción a la libre promoción es de carácter débil. Esto en tanto el contenido de las disposiciones, o sea materias económicas e intervención del Estado en la economía, ha sido considerado en múltiples ocasiones como correspondiente a un test débil de proporcionalidad, *vgr.*, sentencia C-810 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), en la cual constituyó objeto de estudio el artículo 21 (parcial) de la Ley 14 de 1991. En tal ocasión la Corte precisó: “[e]n materias económicas, tributarias o de política internacional, se habrá de aplicar un test leve, que se limite a ‘establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado’²³⁰

²³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-810 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Adicionalmente, adujo la Corte, la intensidad referida encuentra fundamento en que el Estado, como director general de la economía, tiene la posibilidad de imponer restricciones a las libertades en comento, en procura del interés general.

Esta fue la primera providencia de la línea en que la Corte introdujo en propiedad el concepto de test de proporcionalidad y lo realizó en distintos pasos y de forma sistemática, contrario a otras providencias en las cuales simplemente se enunciaba la existencia de una exigencia de proporcionalidad o de razonabilidad, y la falla puntual en caso de que las medidas fallaran en algún elemento vislumbrado por la Corte. Para efectuar el análisis de la norma en este caso se propuso (a) en principio establecer si la medida cumple con los requerimientos propios de la intervención del Estado en la economía y en segundo lugar si (b) se ajusta a criterios de *razonabilidad* y *proporcionalidad*, realizando un juicio débil. Estos dos elementos de juicio se transcriben en el siguiente cuadro:

Requisitos de validez de las intervenciones estatales en la economía **Parámetros de evaluación del juicio de constitucionalidad leve**

<p>i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad²³¹.</p>	<p>i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte</p>
--	--

²³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002. Op. cit.

examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume ²³² .

Frente a los requisitos de validez referidos, en tanto las medidas están contenidas en una Ley de la república se encontró satisfecho el primero de ellos. Frente al segundo, el cual consiste en verificar si se ha afectado el núcleo esencial del derecho a la libre empresa, la Corte identificó que el mismo se corresponde con “la ejecución de un esfuerzo productivo y la posibilidad de concurrir el mercado para vender el producto o servicio”²³³, ambos respetados a juicio del pleno en la prohibición analizada. Ahora, frente al carácter *total* de la medida, la Corte consideró que responde a un “motivo adecuado y suficiente que justifica tal limitación”²³⁴, el cual consiste en salvaguardar la salud de las personas. Asimismo explicó que obedece al principio de solidaridad en tanto mediante la imposición de las restricciones objeto de estudio se pretende la protección de fines sociales “de primer orden”²³⁵, como la salud de los ciudadanos y el medio ambiente, las cuales son gravemente afectadas por el insumo de tabaco.

Finalmente, el juicio de proporcionalidad leve fue ejecutado en dos partes: en principio, se determinó “si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos”²³⁶ y paso seguido se estudió si el medio es idóneo a la consecución del fin.

²³² Corte Constitucional. Sentencia C-624 de 1998. Op. cit., citado por Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

²³³ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

²³⁴ *Ibíd.*

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ *Ibíd.*

Comenzó la corte enunciando una vez más que los objetivos buscados por el legislador al implementar la medida consisten en la protección a la salud y al medio ambiente, los cuales en tanto se vinculan con derechos fundamentales como la vida son constitucionales.

Frente a la constitucionalidad del medio empleado explicó que dado que no existe en la Constitución una norma que impida al Estado la prohibición de la publicidad de ciertos productos, el medio es constitucional.

Ahora, frente a la proporcionalidad de la medida, la Corte adujo que los efectos catalogados como *devastadores* (así fueron descritos en el CMCT) derivados del tabaquismo tanto activo como pasivo son una afectación social enorme, que justifica intervenciones estatales severas. En ese sentido la Corte explicó que el nivel de admisibilidad de una restricción de carácter legislativo es *directamente proporcional* al grado de daño que la permisión comporta frente a otros bienes constitucionalmente valiosos, como en este caso la afectación a la salud era tan severa, igualmente la medida que la contraviniese puede tener la misma entidad.

En lo referente a la adecuación de la medida con el fin, la Corte aludió de nuevo a la interpretación que se ha efectuado en el derecho internacional sobre la efectividad de la prohibición de publicidad para reducir el consumo de los bienes pautados, así fue reconocido por el Estado al suscribir el CMCT, el cual estipula que “[l]as Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco”²³⁷.

En la sentencia C-592 de 2012 el estudio fue delimitado de la misma manera: se estableció que la extensión de la responsabilidad de medios de comunicación en casos de perjuicios a los consumidores es una norma que ha de ser estudiada mediante de un juicio de carácter

²³⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. (2003). Ginebra, Suiza. Artículo 13.

débil, en tanto concreta una medida de intervención del Estado en la economía, y el análisis de proporcionalidad consistió básicamente en lo mismo, con la variación que la Corte eliminó los pasos que se repetían en los dos estándares que se reconocían en la sentencia C-830 de 2010 (requisitos de validez de las intervenciones estatales en la economía y parámetros de evaluación del juicio de constitucionalidad leve), de forma tal que los resumió solo en tres pasos, los cuales consisten en determinar: “(i) si la medida persigue una finalidad que no se encuentra prohibida por el ordenamiento constitucional, (ii) si la medida es adecuada para cumplir el fin propuesto, (iii) si hay proporcionalidad, es decir, si la medida es necesaria o proporcionada”²³⁸. Cada uno será aterrizado al caso concreto.

En relación con (i), la finalidad pretendida consiste en la protección al consumidor de la publicidad engañosa, esto es considerada un desarrollo del artículo 78 de la Carta y un deber de Estado, por tanto individualmente considerada es constitucional. Frente a (ii) la medida adoptada que consagra responsabilidad solidaria para anunciantes y medios de comunicación resulta adecuada para proteger al consumidor si se tiene en consideración la responsabilidad social de lo medios consagrada en el artículo 20 de la Carta, finalmente (iii) la medida es proporcional, en tanto resulta imperioso emparentar a los medios de comunicación a la protección de los derechos de los consumidores en consideración a su poder de difusión y poder de convicción sobre los posibles adquirentes.

En este examen hay una falencia fácilmente observable, y es que en el paso (ii) se refiere el fundamento constitucional por el cual puede imponerse la medida, no obstante no se analiza lo que se anuncia que debe hacerse, esto es, establecer qué tan adecuada o idónea es para cumplir la finalidad que se propone, *i.e.*, qué tanto protege al consumidor de la publicidad engañosa el que se vincule a los medios a sus pretensiones resarcitorias a partir de la responsabilidad solidaria.

Con esto se ha completado el recorrido sobre los límites a las medidas restrictivas de la

²³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012. Op. cit.

publicidad. El último apartado del análisis conceptual pretende analizar constantes jurisprudenciales que si bien son relevantes, no se enmarcaban en la división temática de este capítulo, estas constantes pasan a estudiarse.

4.6 OTRAS CONSTANTES JURISPRUDENCIALES

4.6.1 Censura previa

El tema de censura previa se relaciona con los límites y restricciones que se imponen a la libre promoción de productos y servicios en tanto ha sido aludido por algunos demandantes que limitar la emisión de contenidos informacionales, aún publicitarios, puede a la postre derivar en una forma de censura, tipología proscrita en la Constitución Política en su artículo 20. Por ejemplo, en la sentencia C-010 de 2000, las disposiciones de la Ley 74 de 1996 fueron acusadas de establecer censura, si bien la Corte no vinculó este cargo al razonamiento que imprimió a las disposiciones prohibitivas de la libre promoción (artículos 11 y 13) sino a otras de todo ese entramado normativo que fue demandado en esa oportunidad, se pueden extraer de su disertación unas consideraciones generales sobre la censura que resulta oportuno traer a colación.

El actor adujo en ese caso que la normativa demandada configura censura previa contraria a la Carta en tanto se prohíbe “en forma absoluta, y de manera anticipada, la divulgación de ciertos contenidos”²³⁹. La Corte contestó que le asiste razón al actor al afirmar que la censura es inconstitucional, esto pues se encuentra proscrita por el referido artículo 20 superior y por el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴⁰. No obstante, consideró que el cargo partía de una confusión conceptual que asimila la censura previa con la prohibición previa establecida por la ley de difusión de ciertos mensajes, eventos disimiles al entendimiento del juez constitucional.

²³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. Op. cit.

²⁴⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (22, noviembre, 1969). San José, Costa Rica.

La censura previa, explicó, “consiste en que las autoridades, por diversas razones, impiden u obstaculizan gravemente la emisión de un mensaje o la publicación de un determinado contenido”²⁴¹. De modo tal que sujetan la emisión a la consecución de autorizaciones a partir de las cuales las autoridades obligan a los particulares a enviar de forma previa los textos a publicar y revisan el contenido de los mensajes, decidiendo tolerar su publicación o negarla. Es distinto que la ley restrinja la difusión de algunos contenidos, no sometiendo las publicaciones a control previo, sino estableciendo sanciones a la infracción de la prohibición, en estos casos lo que se configura es responsabilidad por la violación de la legislación vigente, y es una práctica autorizada por la Convención en tanto persiga defender bienes constitucionales. De hecho, la Convención exige que siempre que se impongan límites a la libertad de expresión, estos se definan de manera clara y previa en la ley²⁴².

En sentencia C-592 de 2012 la Corte similarmente identificó como uno de los argumentos centrales del demandante contra las disposiciones que extendían la responsabilidad por daños ocasionados a consumidores a los medios de comunicación en caso de haber actuado de forma dolosa o gravemente culposa, la consideración de que la regulación constituía un modo de censura previa. A lo cual respondió reiterando lo aludido en la sentencia C-010 de 2000 en lo relativo a que las imposiciones legislativas restrictivas de la libre expresión son acordes al orden constitucional en tanto posean fundamentos vinculados con la protección de bienes jurídicos valiosos a la luz de la norma superior.

²⁴¹ Sentencia C-010 de 2000.

²⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-85 (13, noviembre, 1985). San José, Costa Rica. p. 11. Citado Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Op. cit..

4.6.2 Mercados pasivos

En la sentencia C-524 de 1995 la Corte adujo que de la afirmación de que una determinada conducta sea lícita, no implica de suyo que sea deseable, *contrario sensu*, si se le considera perjudicial se pueden limitar los medios que se encaminan a estimular su consumo. En esta ocasión en particular la Corte tuvo en cuenta la nocividad del consumo del alcohol y el cigarrillo para concluir que resulta válido señalar en qué condiciones se puede publicitar el producto y por tanto restringir su libre promoción.

En la sentencia C-010 de 2000 la Corte aclaró en el mismo sentido que existen determinadas ocupaciones, oficios o transacciones económicas que el legislador considera socialmente dañinas, y en razón de esta consideración puede limitarlas, no obstante, puede considerar *equivocado* prohibirlas de manera drástica. En tales casos, la legislatura puede determinar la asunción de un *mercado pasivo*, el cual consiste en la tolerancia de la actividad indeseada mediante su legalidad, pero con la imposición de restricciones o prohibiciones a su promoción.

La sentencia C-830 de 2010 fue reiterativa frente a la aceptación de la asunción estatal de ciertos mercados pasivos, extrajo de la lectura de la C-524 de 1995 que en tanto si bien una actividad es legalmente ejercida, no por ello se le adjudican todas las garantías del ordenamiento, pues otros factores pueden abogar por el desestimulo de la misma, como la afectación a la salud o al bien común.

Así concluimos el estudio conceptual o temático de los asuntos relevantes sometidos a debate en las sentencias que estudian límites a la libre promoción, ahora pasamos a analizar cuál fue la incidencia de estas consideraciones en cada una de las sentencias esbozadas en el capítulo 3, esto nos permitirá delimitar con mayor claridad en qué momentos las providencias establecen cambios de postura frente a las decisiones anteriores, o por contraste, cuándo se consolidan reiteraciones y acatamiento del precedente. Igualmente se intentará determinar el rol de las sentencias en la línea de acuerdo al “peso estructural” que cada una comporta, para

esto se toman los conceptos de distintos tipos de sentencias importantes o “sentencias hito”²⁴³ propuestos por López, los cuales se irán explicando a medida que se haga referencia al estudio de cada providencia²⁴⁴.

²⁴³ LÓPEZ. Op. cit., p. 163.

²⁴⁴ Si bien las sentencias recogidas son todas importantes, no siempre encuadran en los modelos establecidos en el texto que catalogan las sentencias hito, por tanto se enmarcan las que mejor se corresponden con las categorías conceptuales descritas por López.

CAPÍTULO 5

ANÁLISIS INDIVIDUAL ESTRUCTURAL DE PROVIDENCIAS

Cuando se estudia la configuración temprana de la línea construida en el acápite anterior, es observable la coexistencia de dos propensiones frente al tratamiento de las medidas limitantes del derecho a la libre promoción de información comercial, las cuales se desarrollan de manera paralela y sin considerar la existencia de la otra. Por un lado las sentencias C-355 de 1994 y C-116 de 1999 (ambas integrantes de la sublínea que conoce medidas legislativas encaminadas a restringir el derecho a promocionar con fundamento en la preservación de la ética profesional) construyen un nivel de protección ampliamente más significativo al contenido en las sentencias C-524 de 1995 y C-010 de 2000; en tanto fundan su razonamiento en que la publicidad es un derecho anejo al trabajo, a la libre expresión y a la libertad de escoger profesión u oficio y que cumple una función social de carácter informativo, relacionada con la orientación de las opciones de contratación con las cuales se cuenta frente a la prestación de un servicio determinado. En los próximos apartes se explica cómo se desenvuelven estas dos propensiones y cómo, a partir de las sentencias que las siguieron, la Corporación ha logrado desmandarse de algunos elementos esbozados en los fallos anteriores para acercarse a una o a otra.

En sentencia C-355 de 1994, en tanto la Corporación se enfrentó por primera vez a una demanda relacionada con publicidad, no se invocaron argumentos jurisprudenciales con origen en providencias pasadas, a contracara se disertó a partir del entendimiento de las disposiciones constitucionales que se le presentaron al momento y con las cuales pudo vincular el tema de publicidad comercial en el contexto particular de servicios odontológicos (artículos 20, 25 y 26, Constitución Política).

Este texto obedece a la categoría jurisprudencial de sentencia “fundadora de línea”²⁴⁵. Estas tienen como características comunes implantar anhelos ambiciosos en la protección de

²⁴⁵ LÓPEZ. Op. cit., p. 164

derechos, comprensiones amplias de los mismos, presentarse de forma extensa y hacer alusión a análisis históricos o de derecho comparado en tanto carecen de reglas o principios fijados por la jurisprudencia; como consecuencia de esto grandes bloques de lo dicho en tales providencias constituye *obiter dicta* y pocas veces contienen los balances jurisprudenciales vigentes²⁴⁶, *i.e.*, no establecen las subreglas o los principios que la jurisprudencia hoy considera vinculantes.

Paradójicamente, la sentencia C-355 de 1994 es una de las más cortas de la línea y si bien no pudo valerse de subreglas o principios fijados en la jurisprudencia precedente, sí hace interpretaciones concretas de las disposiciones constitucionales que considera oportunas. La estructura argumentativa de este primer pronunciamiento puede expresarse como se hace en la Figura 1.

²⁴⁶ *Ibíd.*

Figura 1. Relación de argumentos sentencia C-355 de 1994

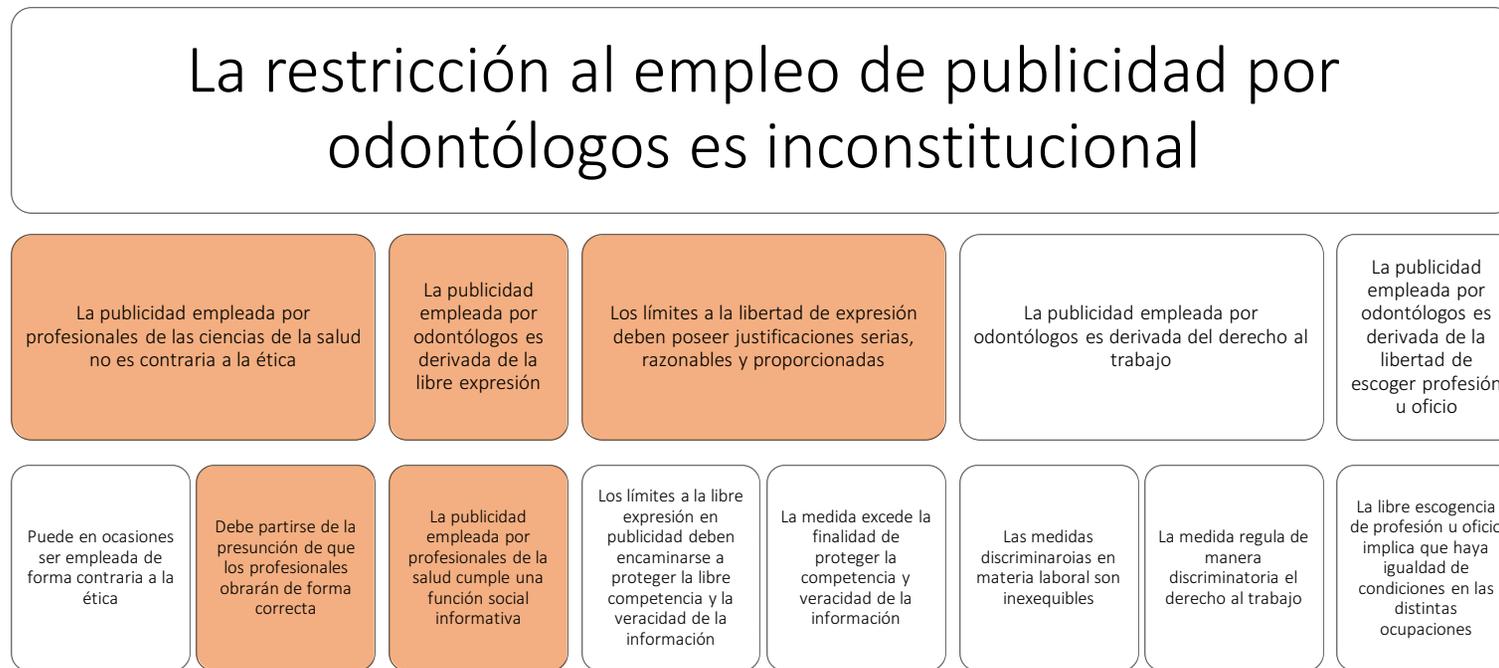


Tabla de convenciones

<i>Naranja</i>	Premisa que constituye el principio aplicado en otra sentencia (C-116 de 1999 y C-830 de 2010)
----------------	--

Fuente Elaboración propia.

La sentencia C-116 de 1999, ofrece un panorama estructural similar al esbozado en la gráfica anterior. No obstante, resaltan algunas consideraciones diversas, *vgr.*, (a) la segunda providencia hace mención expresa al contenido del artículo 78 sobre la facultad legal de regular la información suministrada al público en la comercialización de bienes y servicios, (b) vincula la publicidad más que con el derecho al trabajo y a la libre escogencia de profesión u oficio (como se hizo en la sentencia C-355 de 1994) con el desarrollo personal y económico de quienes ejercen la medicina y el derecho a realizar su profesión en igualdad de condiciones en cotejo con otros profesionales de la salud, entendiendo que como trabajadores independientes que son, una forma de promover su crecimiento es mediante el empleo de la publicidad y la propaganda empleadas para que los usuarios conozcan sus calidades y particularidades y (c) realizó mayores esfuerzos para determinar que la medida no era razonable o proporcionada. Revisemos con más detenimiento cómo llevó a cabo esto último en comparación con el fallo precedente: la sentencia C-355 de 1994 enunció que las medidas que restrinjan derechos han de ser *proporcionadas y razonables*, mas no explicó en que consisten estos criterios ni cómo ha de analizarse una norma demandada para determinar que estos dos requisitos se encuentran satisfechos. Si fuéramos a hacer una semblanza de la argumentación presentada en la sentencia C-355 de 1994 con las exigencias que corresponden al test de proporcionalidad tal como fue entendido en las sentencias más recientes de la línea, puede afirmarse que el reparo principal consistió en que la medida (a) era discriminatoria y que (b) no perseguía un fin legítimo, en tanto buscaba asegurar el ejercicio ético de las profesiones de la salud mediante la prohibición de una conducta que no era atentatoria de la misma, en tal sentido la jurisprudencia desestimó la significación construida en democracia del concepto de “ética profesional” plasmado en la Ley 35 de 1989 y varió su contenido.

La sentencia C-116 de 1999 realizó dos avances a este respecto: (a) reconoció un fin legítimo perseguido por las leyes demandadas, que identificó con la protección de la *seriedad* en el ejercicio médico y (b) llegó a concluir que en la consecución de ese fin se acudía a medidas que en tanto afectaban los derechos de los médicos a la libre expresión de forma drástica, eran desproporcionadas.

La providencia C-116 de 1999 en tanto reúne criterios establecidos en la primera sentencia pero intenta analizar con más rigor los intereses enfrentados en el caso, puede ser enmarcada dentro del concepto de “sentencia consolidadora de línea”²⁴⁷, que es aquella en la que “se decanta un balance constitucional más complejo que el que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea”²⁴⁸, en tanto la Corte posee una mayor comprensión sobre su rol en el análisis normativo y busca imprimir mayor autoridad a la regla o principio que se desarrolla en la sentencia, pero a partir del acatamiento del precedente. Las sentencias consolidadoras pueden establecer diferencias aun significativas con las sentencias fundadoras que se ubican en una misma línea, esta sentencia estableció una desavenencia en consideración a los criterios relevantes para establecer la proporcionalidad de la medida, en tanto varió el énfasis para decidir sobre la exequibilidad, que se puso en principio en la finalidad (sentencia C-355 de 1994) y se trasladó después a las consideraciones sobre afectación de otros derechos (sentencia C-116 de 1999).

La estructura argumentativa de la sentencia C-116 de 1999 puede ser referenciada como se expresa en la Figura 2.

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ *Ibíd.*, p. 165.

Figura 2. Relación de argumentos sentencia C-116 de 1999



Tabla de convenciones

<i>Naranja</i>	Premisa planteada en sentencia C-355 de 1994
<i>Marrón oscuro</i>	Premisa planteada en sentencia C-524 de 1995 (no se reconoce como fuente)

La sentencia C-524 de 1995, en cambio estableció una postura disímil y un razonamiento estructuralmente diverso, si bien la misma conoció una demanda muy diferente a la que se había analizado en 1994, la cual consistió en la determinación de la constitucionalidad de la sujeción de emisión de la publicidad de bebidas alcohólicas y cigarrillo a los horarios fijados por el CNE, pareció no tener en cuenta lo otrora sostenido y por tanto derivó en argumentos con ciertas discrepancias.

Dentro de los principales aportes a la línea que desarrolló esta providencia se encuentran: (a) la vinculación directa del derecho a la libre promoción con la libertad de empresa, (b) el reconocimiento de que los derechos económicos, en el marco de un Estado Social de Derecho, pueden ser restringidos de manera más severa que derechos constitucionales de otra índole, (c) la vinculación de la información promocional con el deber estatal consagrado en el artículo 78 de regular el control de calidad de bienes y la información a suministrar al público; y (d) el planteamiento de los elementos esenciales de los mercados pasivos, si bien no se acuñó el término hasta después.

Una precisión debe tenerse en cuenta para la lectura del fallo, esta sentencia estudiaba una demanda que no pretendía la declaratoria de inexecutable de la norma que circunscribía la autorización de emisión de propaganda a las directrices del CNE por considerarla violatoria a los derechos a la libre empresa o a la libre expresión, sino que condenaba la permisión incluso meramente parcial de la publicidad de los productos de alcohol y tabaco, y solicitaba que la misma fuera proscrita en toda forma, en tal sentido, la Corporación tuvo que asumir la defensa de tolerar el ejercicio de esta actividad aun bajo el reconocimiento de que los bienes pautados eran nocivos para la salud y al mismo tiempo justificar que era admisible a la luz de la Constitución que se establecieran restricciones a la misma.

A modo de crítica puede aducirse que este pronunciamiento se centró en establecer la posibilidad de intervención en los derechos a la libre empresa de los productores de bebidas alcohólicas y cigarrillo de acuerdo a: (a) el deber consagrado en el artículo 78 de la Constitución de regular la información que se suministra al público en la comercialización

de bienes y servicios, (b) las connotaciones de la intervención estatal circunscrita al modelo de libre mercado y en el marco del Estado Social de Derecho y (c) el carácter nocivo de los bienes en comento. No obstante, al momento de concretar la evaluación de esta intervención para concluir su idoneidad, adecuación o proporcionalidad las consideraciones fueron más bien reducidas. El derrotero fue fijado al afirmar que los límites a las libertades económicas habrían de ser *serios y razonables*, lo cual induce al interrogante ¿por qué eran serias y razonables en el caso concreto las restricciones de emisión a las directrices del CNE? Una posible razón que fue aducida en la providencia, si bien no se la presentó como una premisa para llegar a esta conclusión, fue que las medidas no eran de carácter total, en el sentido que no imponían la prohibición de llevar a cabo publicidad de este tipo, sino que sujetaba su difusión a ciertos parámetros de intensidad y horario. Una prohibición de carácter total sería conocida por la Corporación años más tarde en sentencia C-830 de 2010, cuando se analice esta providencia se verá cómo la Corte interpretó lo aquí dicho.

Finalmente, la censura fue un tema que se enunció tangencialmente en este fallo, de esta se dijo que no se configuraba en el caso concreto en tanto el artículo 78 superior faculta al legislador regular la información que se suministra en la comercialización de bienes y servicios, y que dentro de esta información se encuentra la publicidad. La definición, los alcances y los eventos en que se configura vieron un desarrollo sustancialmente mayor en la providencia que se tratará a continuación (sentencia C-010 de 2000).

Los argumentos de esta sentencia se resumen en la Figura 3.

Figura 3. Relación de argumentos sentencia C-524 de 1995

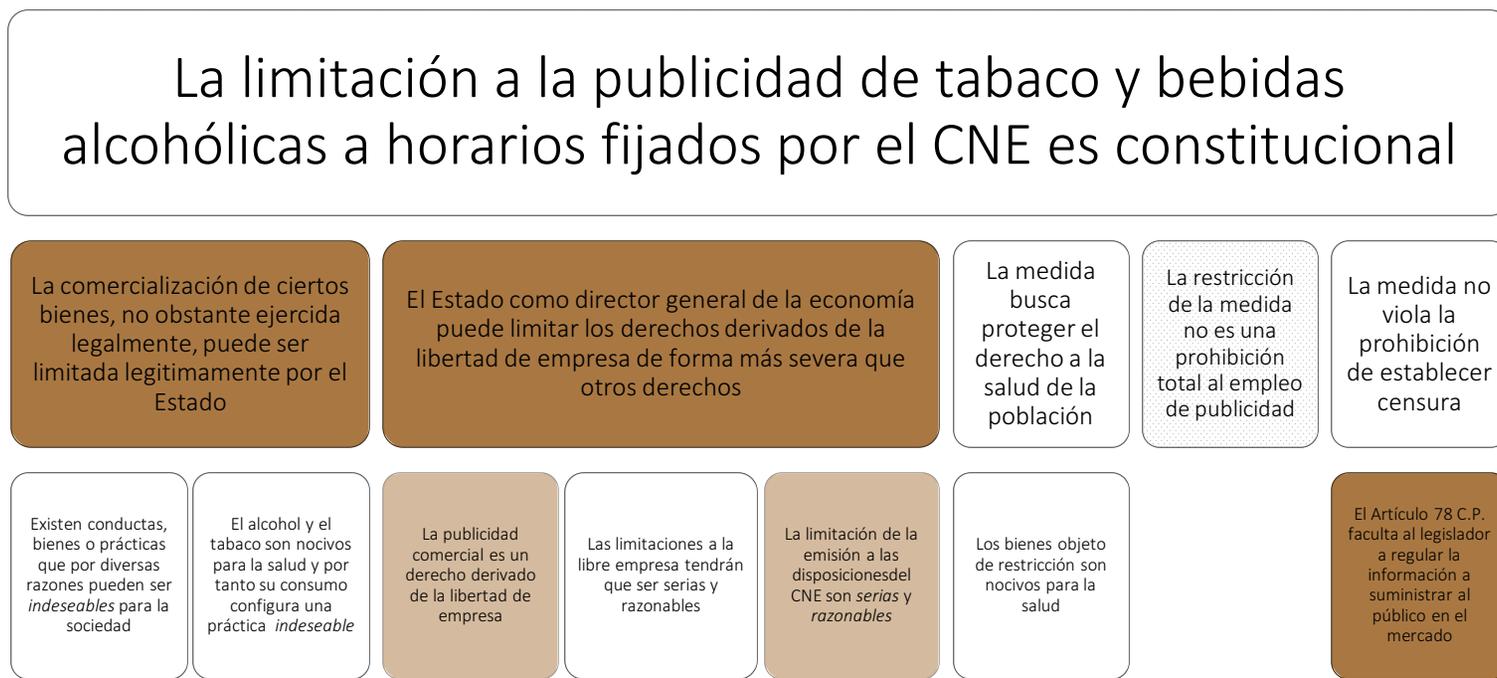


Tabla de convenciones

<i>Marrón claro</i>	Premisa implícita
<i>Marrón oscuro</i>	Premisa que constituye el principio aplicado en otra sentencia (C-010 de 2000, C-830 de 2010, C-592 de 2012).
<i>Punteado</i>	Premisa señalado como <i>obiter dicta</i> en pronunciamientos posteriores (sentencia C-830 de 2010).

La sentencia C-010 de 2000 que vinculaba el estudio de normas prohibitivas de publicidad a ciertas labores y en determinados canales radiales, si bien no hizo alusión a ninguno de los pronunciamientos precedentes de la línea, puede afirmarse que se encontró conceptualmente más afín a lo sostenido en la sentencia C-524 de 1995, en tanto desarrolló varios de los criterios ahí apuntados, *vgr.*, del entendimiento de aquellos productos y servicios que si bien no se encuentran prohibidos por el legislador pero pueden ser indeseables por múltiples razones acuñó el término mercado pasivo, igualmente entendió que la publicidad comercial, en tanto deriva de la libre empresa, puede ser limitada de forma más severa que otros derechos constitucionales.

En lo relativo al estudio de las prohibiciones del artículo 11 de la Ley 74 de 1996, (recuérdese, consistían en impedir la publicidad comercial en los servicios públicos de radiodifusión y los privados de radiodifusión educativa) la Corte no había enfrentado casos similares con anterioridad, pero en lo referente al artículo 13 (que prohibía la publicitación de servicios profesionales por quienes carecen de título de idoneidad y de personas dedicadas a espiritismo, hechicería y otros similares) existían dos providencias precedentes que trataron las relaciones entre publicidad y derecho al trabajo; no obstante estas no fueron tenidas en cuenta y en forma alguna se vincularon estos dos conceptos. Adicionalmente, se distanció la publicidad del derecho a la libre expresión al referir que el objetivo de la primera consiste en incentivar el desarrollo de transacciones, y no en desdoblarse la libre opinión pública de los ciudadanos, de lo cual se habló suficientemente en el capítulo anterior.

En tal sentido, el estudio perdió la exigencia de rigor al no emparentarse con derechos fundamentales, pero se vigorizó por otra vía: la Corte en este fallo reconoció que cuando se realizan distinciones entre los diversos discursos comerciales, esto es, cuando las prohibiciones no son neutras frente a los sujetos a quienes son aplicables, el asunto adquiere una connotación más comprometedor y por tanto el escrutinio de estas normas se hace más estricto que el análisis básico propuesto por la misma sentencia para aquellos casos que se trata de prohibiciones generales o que no hacen distinciones entre sus

destinatarios y que fue el aplicado para el estudio del artículo 11.

El primer tipo de análisis se circunscribe, de acuerdo a esta providencia, a verificar la inexistencia de un mandato manifiestamente inconstitucional, en tal circunstancia solo debe estudiarse la ausencia de violación a derechos fundamentales, la inexistencia de implantación de categorías abiertamente discriminatorias, la violación directa de mandatos constitucionales, o una irrazonabilidad y desproporcionalidad palmaria. En cambio, cuando hay una distinción entre destinatarios de la prohibición es necesario constatar la existencia de justificaciones constitucionales que den cuenta de las razones de aplicar la restricción meramente a unos discursos publicitarios específicos dejando otros de lado.

Para la esquematización se divide la disertación de la Corte de acuerdo a las prohibiciones tratadas: primero se grafica la prohibición a publicidad en servicios públicos radiales y en servicios privados de radiodifusión educativa (Figura 4,) después a sujetos que realicen actividades profesionales sin título de idoneidad (Figura 5) y finalmente a hechiceros, pitonisas y similares (Figura 6).

Figura 4. Relación de argumentos sentencia C-010 de 2000. Prohibición a publicidad en servicios públicos radiales y en servicios privados de radiodifusión educativa

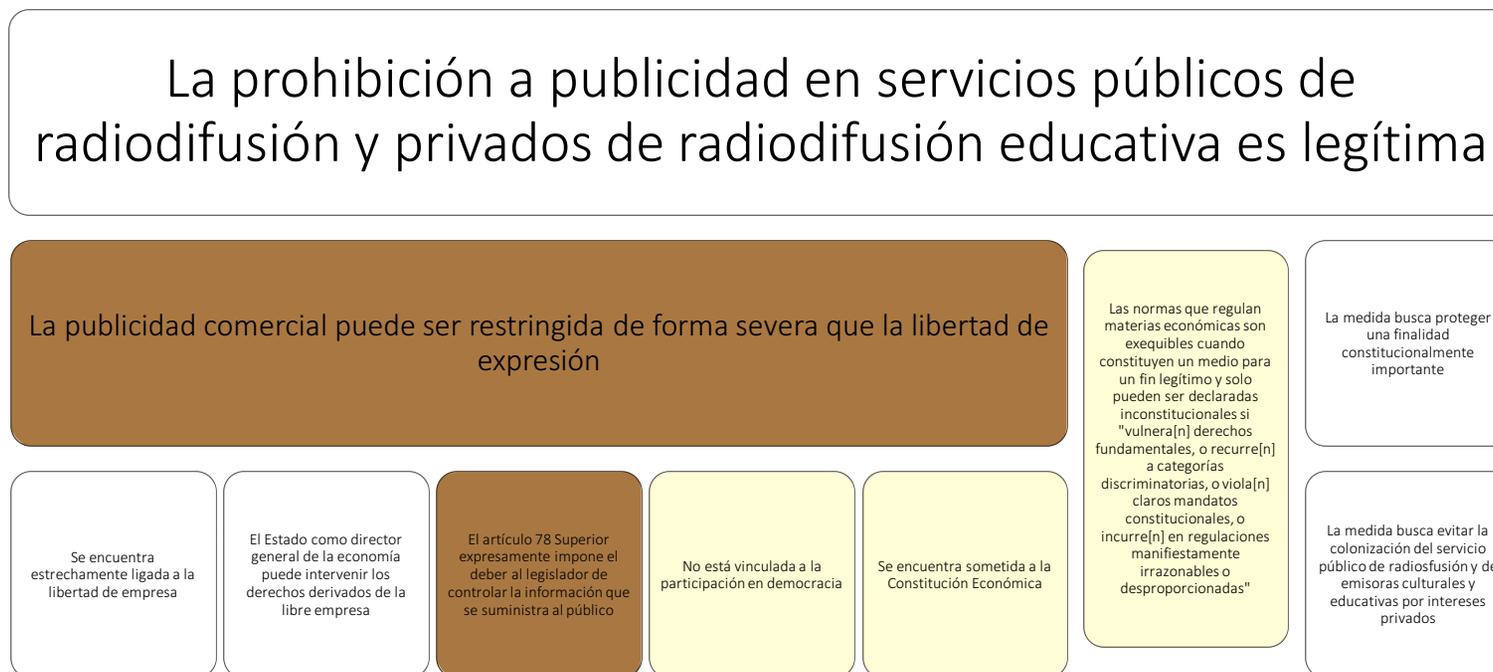


Tabla de convenciones

<i>Marrón oscuro</i>	La misma directriz ha sido propuesta en sentencia C-524 de 1995, no obstante no se reconoce expresamente como la fuente.
----------------------	--

Crema | Premisa que constituye el principio
aplicado en otra sentencia (sentencia C-
830 de 2010 y sentencia C-592 de 2012)

Figura 5. Relación de argumentos sentencia C-010 de 2000. Prohibición de emplear publicidad a profesionales que carecen del título de idoneidad

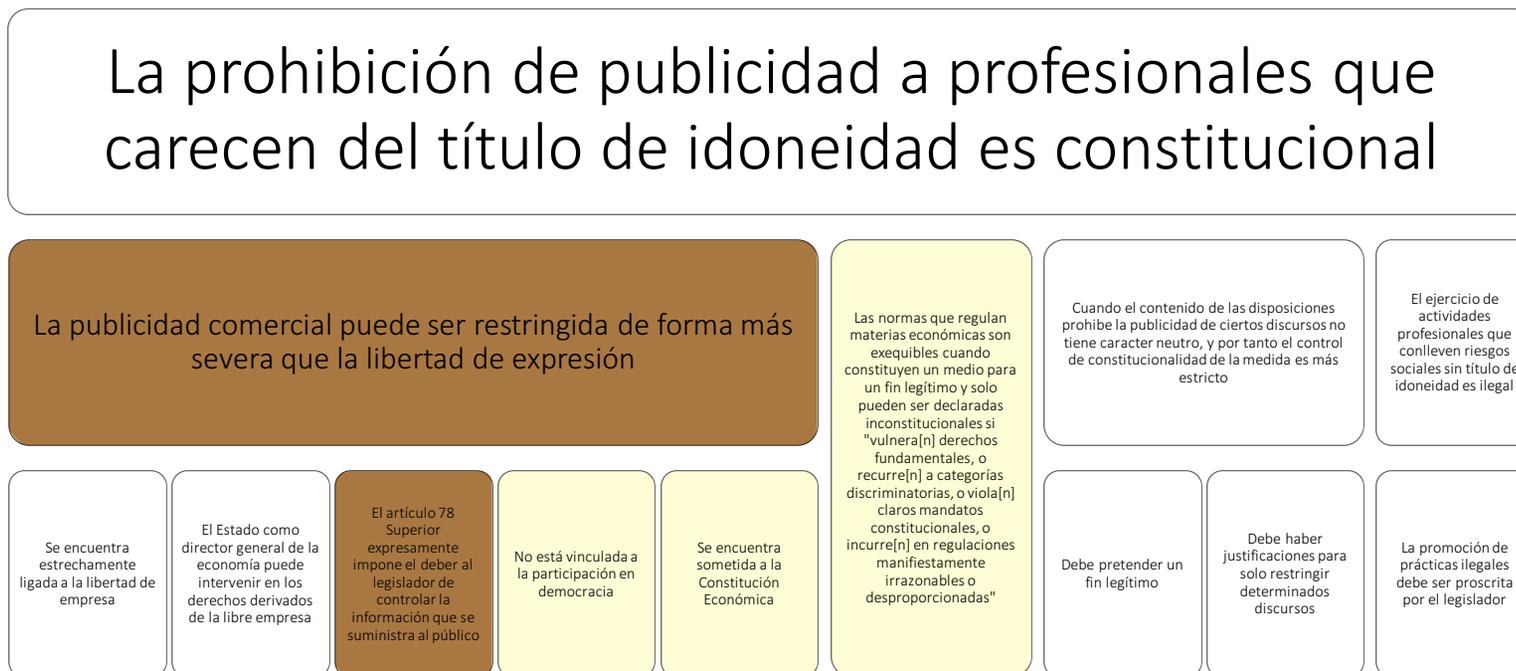


Tabla de convenciones

<i>Marrón oscuro</i>	La misma directriz ha sido propuesta en sentencia C-524 de 1995, no obstante no se reconoce expresamente como la fuente.
<i>Crema</i>	Premisa que constituye el principio aplicado en otra sentencia (sentencia C-830 de 2010 y sentencia C-592 de 2012)

Figura 6. Relación de argumentos sentencia C-010 de 2000. Prohibición de emplear publicidad a "espiritistas, hechiceros pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares"

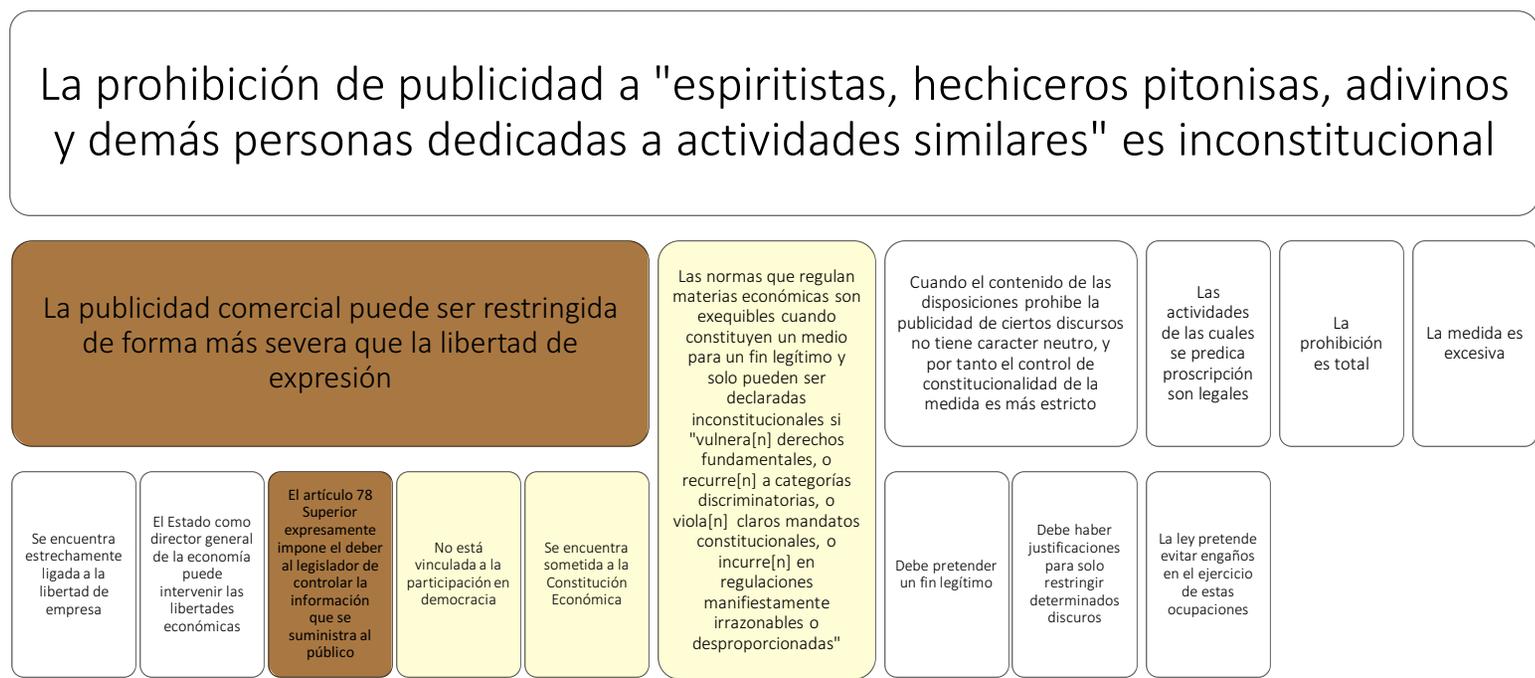


Tabla de convenciones

<i>Marrón oscuro</i>	La misma directriz ha sido propuesta en sentencia C-524 de 1995, no obstante no se reconoce expresamente como la fuente.
<i>Crema</i>	Premisa que constituye el principio aplicado en otra sentencia (sentencia C-830 de 2010 y sentencia C-592 de 2012)

La sentencia C-810 de 2010 rompió con la tendencia al desconocimiento que se había configurado hasta el momento.

En esta ocasión la Corte tuvo que estudiar las sentencias anteriores en tanto el libelo de la acción pública de inconstitucionalidad recabaría la inconstitucionalidad de la prohibición esbozando que la Corporación otrora habría establecido que no se puede admitir una prohibición total del empleo de medios publicitarios por comercializadores de productos de tabaco y que una decisión contraria sería desconocedora de la reglas fijadas en la Sentencia C-524 de 1994.

La directriz que el accionante dedujo de la lectura de esta providencia fue que “una norma legal que limite la publicidad de productos de tabaco es exequible, en tanto no incorpora su prohibición total”²⁴⁹. En esa ocasión la Corporación al estudiar el reparo concluyó que el mismo es resultado de una lectura errónea del fallo, en tanto “el problema jurídico particular consistente en la constitucionalidad de la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco y sus derivados, no fue materia estudiada y resuelta expresamente por la Corte”²⁵⁰ en aquella ocasión.

Aquí la Corte se apartó del precedente fijado a partir de un argumento que puede ser interpretado de dos maneras: puede entenderse que empleó (a) la disanalogía²⁵¹ o que (b) realizó una distinción entre la *ratio decidendi* y la *obiter dicta* del fallo que antecede y concluyó que lo referente a la admisibilidad de prohibiciones parciales estaba circunscrito a la segunda y por tanto no se encontraba en deber de acatar la preceptiva.

Veamos en que consiste cada técnica. De acuerdo con López, la disanalogía se basa en encontrar distinciones en los hechos importantes de los fallos anteriores (que parecen tener

²⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ LÓPEZ. Op. cit., p. 213.

reglas o principios aplicables) y los nuevos, de forma tal que si el caso precedente posee hechos determinantes que son diferentes a los del caso nuevo, el juez podrá inaplicar las normas allí contenidas. Esto en tanto los jueces solo deben aplicar el precedente en casos análogos a otros que ya hayan sido estudiados²⁵².

Como ya se vio, las sentencias de constitucionalidad abstracta no tienen hechos concretos, por tanto surge el problema ¿en dónde se pueden encontrar distinciones entre el caso precedente y el caso actual para realizar disanalogías? La Corte las halló en el contenido de la normativa que fue estudiada con antelación y aquella que ocupó su estudio en esta ocasión; y consistió en que la norma anterior únicamente había consagrado una restricción parcial a la publicidad de tabaco y por tanto la Corporación no se había enfrentado a una restricción total anteriormente, por tanto el caso que se le presentó en 2010 no era analogizable con el anterior.

Frente a la segunda técnica, recordemos que en el capítulo 2 de este texto se explicó que únicamente es vinculante la *ratio decidendi* fijada en sentencias precedentes, y que la *obiter dicta* no. Si se entiende la *ratio decidendi* de acuerdo a la versión hermenéutica como el vínculo que enlaza el problema jurídico o los hechos con la resolución del caso, de acuerdo al sentido que le dan a este nexo los operadores jurídicos que estudian el fallo con posterioridad a su proferimiento, la Corte puede entender que en tanto una prohibición total no hizo parte del problema jurídico al que se tuvo que enfrentar la Corporación otrora (en tanto lo que se le planteó fue una restricción parcial), la misma no pudo constituirse en una premisa central para arribar a la decisión de exequibilidad, pues este razonamiento no la había siquiera entendido como constitutiva del quid del asunto, el cual corresponde fijarlo precisamente a la misma Corte en el análisis de casos anteriores.

Una mención adicional a este importante asunto antes de continuar, consiste en el sentido vinculante del precedente de acuerdo al tipo de norma que las sentencias de

²⁵² *Ibíd.*, p. 214.

constitucionalidad abstracta dejan al mundo jurídico tras ser proferidas. Recuérdese que se había establecido la distinción entre normas-regla y normas-principio, hay que retomar de las reglas que estas admiten la aplicación silogística a los casos concretos, de forma tal que poseen un supuesto de hecho y una consecuencia, que constituyen la premisa mayor del razonamiento, en tal sentido, si se entiende que la directriz fijada en la sentencia de precedencia consistía en una norma-regla que establece como supuesto de hecho la hipotética existencia de una disposición que proscribía toda forma de publicidad, esto es una prohibición total, y que la consecuencia aplicable al caso será la declaratoria de inconstitucionalidad, entonces para el estudio de la Ley 1335 de 2009 la solución debió haber sido esta. En cambio, si ampliamos el alcance de la norma y la entendemos como un principio, que en tanto pretende concretar el contenido axiológico de la Carta, solo puede ser aplicado hasta cierto punto (aplicación gradual de los principios o entendimiento de los principios como mandatos de optimización), esto transcribe que la admisibilidad de una restricción parcial o total se corresponde con la exigencia de un estudio de proporcionalidad, en el que se considere la colisión de principios en juego, y que justifique, en el grado en que la ausencia de la prohibición implique afectaciones a otros principios, la posibilidad de mayor severidad en la medida. Estudio que fue llevado a efecto por la corte mediante el test de proporcionalidad y que terminó favoreciendo la exequibilidad de la ley.

Moviéndonos hacia el siguiente tema, en la sentencia C-010 de 2000 se estableció (recuérdese) que las disposiciones que no son neutras, o sea, aquellas que establecen distinciones frente a los destinatarios de las medidas, con ocasión al contenido del mensaje pautado, se enfrentan a estudios más drásticos que aquellas disposiciones que contemplan prohibiciones generales para todos los discursos.

Razonamiento marcadamente diferente fue el aducido en la sentencia C-830 de 2010, en la cual la Corte recogió las críticas contenidas en las intervenciones como posibles objeciones al fallo a adoptar, y en ese estudio trató una cuestión que invocaba la desigualdad de la medida, en el sentido de que la prohibición menciona solo a determinado grupo de productos, excluyendo otros que pueden igualmente causar afecciones a la salud de quien los consume.

La réplica de la Corte a esta formulación consistió en que la intervención estatal en la economía, como parte del “amplio margen de configuración legislativa”²⁵³ radica en el Congreso la facultad decisional sobre la dirección de las restricciones y las materias en que estas son aplicadas, las cuales para el caso concreto obedecieron al cumplimiento de las obligaciones adquiridas mediante la suscripción del CMCT.

No obstante, la Corte no consideró que la distinción configurase una potencial desigualdad y por tanto la posibilidad de que la materia objeto de estudio trascendiera de la mera aplicación de un test débil y exigiera una ejecución más rigurosa del estudio de proporcionalidad. En tanto, de acuerdo con lo sostenido otrora, tiene que comprobarse la existencia de razones que expliquen, más allá de la simple adecuación, la razón por la cual se hacen distinciones entre los productos, sujetos o servicios.

Otra característica de esta providencia consiste en que la Corporación recitó apartes de todas las sentencias que se enmarcaron en la línea fijada en el capítulo 3 de este texto, veamos a partir del gráfico las referencias más importantes. La estructura argumentativa propia de esta sentencia se establece en la Figura 7.

²⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010. Op. cit.

Figura 7. Relación de argumentos sentencia C-830 de 2010

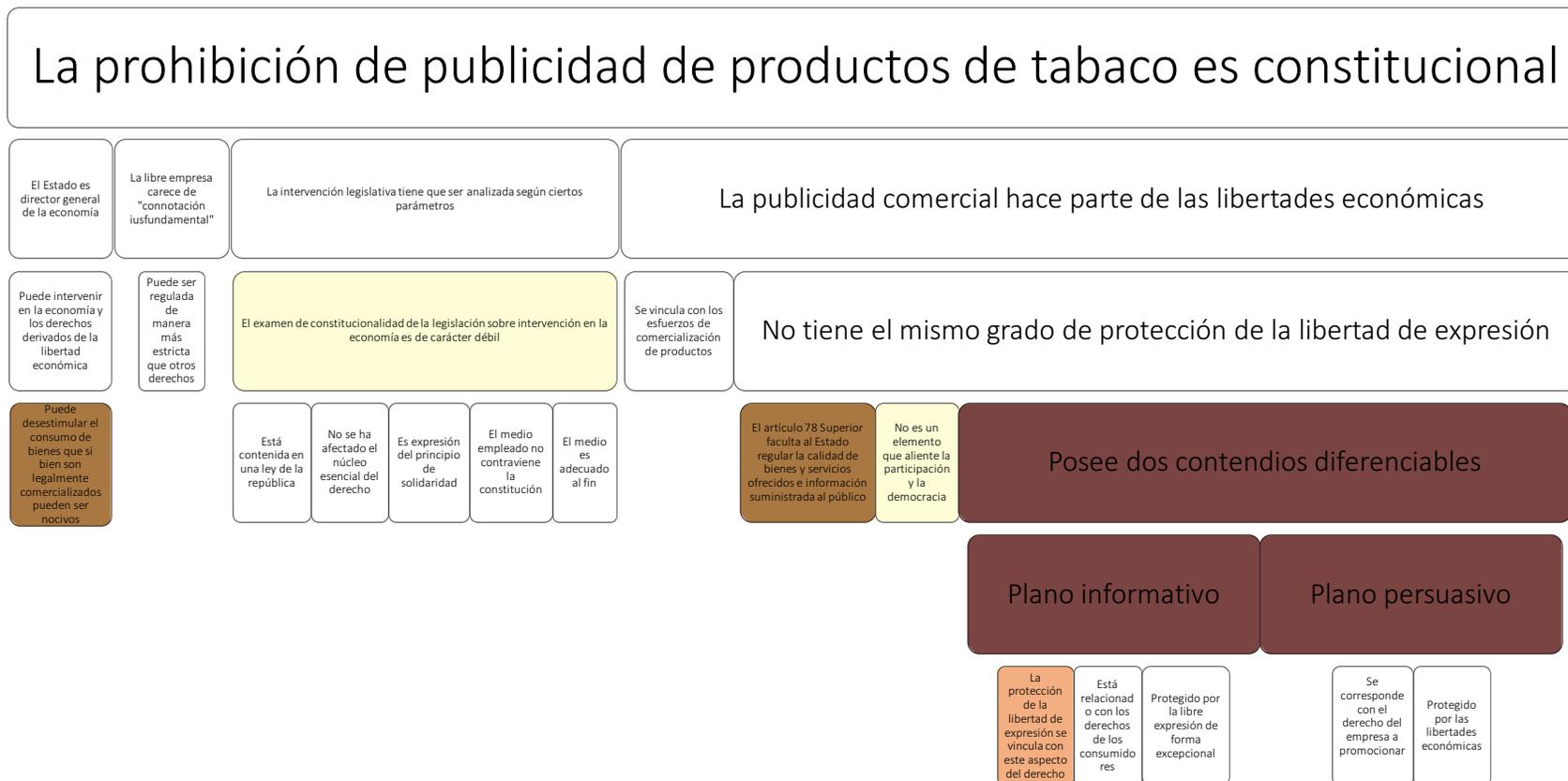


Tabla de convenciones

<i>Naranja</i>	Premisa planteada en sentencia C-355 de 1994
<i>Marrón oscuro</i>	Premisa planteada en sentencia C-524 de 1995

<i>Crema</i>	Premisa planteada en sentencia C-010 de 2000
<i>Rojo</i>	Premisa que constituye el principio aplicado en otra sentencia (C-592 de 2012)

Esta sentencia puede ser considerada la “sentencia dominante”²⁵⁴, o sea, aquella que fija los criterios aplicables actualmente y que con más fuerza se presenta como pauta idónea para resolver un caso que se enmarque en el escenario constitucional delimitado. Adicionalmente, esta providencia también puede ser enmarcada en el concepto de “sentencia reconceptualizadora”²⁵⁵, pero solo parcialmente, *i.e.*, de acuerdo con López, la sentencia reconceptualizadora es aquella en la que la judicatura “revisa una línea jurisprudencial en su conjunto y la afirma, aunque introduce una nueva teoría o interpretación que explica mejor, a los ojos de la Corte, el sentido general que ha mantenido la línea a lo largo del tiempo”²⁵⁶. Esta definición parece suponer la existencia de una tendencia decisional más o menos sólida a lo largo de la línea, en tanto *reconceptualiza* precisamente esa constante, no obstante en la línea que tratamos no parece haber una tendencia decisional uniforme, sino dos tendencias marcadas, por tanto esta providencia recoge ambos grupos de sentencias y a partir de ellas reformula las reglas propuestas en las mismas.

Finalmente, veamos lo que rescató la sentencia C-592 de 2012 de los pronunciamientos pasados. Aquí la Corte recitó los apartes de la sentencia C-010 de 2000 para considerar que el derecho a la libre expresión se erige como un elemento estructural de la existencia de la democracia participativa, de lo cual deriva su especial lugar en el ordenamiento y nivel de protección; y que por contraste, en tanto la publicidad comercial se rige por las disposiciones de la Constitución Económica, pues pretende incentivar el desarrollo y concreción de *actos comerciales*, admite un grado de intervención mayor. También extrajo de este fallo las diferencias sobre censura previa y prohibición previa de ley, y la determinación de que esta última resulta ajustada a la Carta.

De la sentencia C-524 de 1995 desarrolló el entendimiento de que el artículo 78 Superior consagra el deber legal de control sobre la comercialización de bienes y servicios, que el

²⁵⁴ LÓPEZ. Op. cit., p.165

²⁵⁵ *Ibíd.*

²⁵⁶ *Ibíd.*

mismo establece responsabilidad en “quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”²⁵⁷. En tanto entendió que los medios hacían parte de la *cadena de comercialización* (muchas veces de forma *inexorable*), consideró que mediante la normativa demandada, el legislador simplemente estaba concretando el régimen de responsabilidad de los sujetos que integran la cadena. De la sentencia C-830 de 2010 rescató la distinción entre el plano informativo y el plano persuasivo de la publicidad comercial, de los cuales el primero es el que encuentra mayor grado de protección al vincularse “de forma excepcional” con la libre expresión, mientras que el segundo desarrolla preceptivas propias de las libertades económicas.

Veamos en la Figura 8 la argumentación de esta sentencia.

²⁵⁷ COLOMBIA. Constitución Política. Op. cit. Artículo 78.

Figura 8. Relación de argumentos sentencia C-592 de 2012



Tabla de convenciones

<i>Naranja</i>	Premisa planteada en sentencia C-355 de 1994
<i>Marrón oscuro</i>	Premisa planteada en sentencia C-524 de 1995

<i>Crema</i>	La misma directriz ha sido propuesta en sentencia C-010 de 2000, no obstante no se reconoce expresamente como la fuente.
<i>Rojo</i>	Premisa planteada en sentencia C-830 de 2010

Con esto finaliza el recorrido de la exposición estructural-individual de las providencias de la línea, no quedando otros temas por tratar, se pasa al último aparte de este estudio que pretende esbozar las conclusiones, dentro de las cuales resulta la más importante la delimitación de la doctrina jurisprudencial vigente del entendimiento del derecho, *i.e.*, el balance constitucional.

CAPÍTULO 6

CONCLUSIONES

El acápite conclusivo se divide en tres secciones, (6.1) la primera y más relevante establece el balance constitucional del derecho a la libre difusión de información promocional; (6.2) la segunda, a modo de crítica, expresa opiniones basadas en el estudio jurisprudencial sobre el abordaje de la Corte del asunto constitucional referido y (6.3) la tercera menciona, a modo de glosa, los enunciados conclusivos que no se enmarcan en ninguno de los dos criterios anteriores.

6.1 BALANCE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBRE DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN PROMOCIONAL

Se decidió incluir el balance constitucional en el acápite conclusivo, y no en un aparte individual del texto, en tanto este representa el fruto primordial de la investigación y resume con claridad qué, de todos los planteamientos y replanteamientos, dichos y réplicas, entendimientos y desentendimientos, es lo que la doctrina jurisprudencial actual ha incorporado en sus discursos, o sea, qué tiene vigencia como principio jurisprudencial.

Puede anunciarse que las denotaciones propias del derecho a libremente promocionar bienes y servicios ofrecidos a la comunidad son, a partir de la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, como se sigue:

- (i) El derecho a la libre difusión de información promocional es un derecho con dos contenidos diferenciables (referidos en planos), cada uno vinculable con disposiciones constitucionales diversas:
- (ii) Como discurso persuasivo: se vincula con las libertades económicas consagradas en el artículo 333 de la Constitución Política; se radica en cabeza del empresario o profesional anunciante; se sujeta a la preceptiva de la Constitución Económica;

puede restringirse más severamente que otros derechos constitucionales como resultado de la dirección general de la economía en cabeza del Estado; posee características de limitación especiales de acuerdo con el artículo 78 de la Constitución, a partir del cual el Estado debe regular el control de la información que se suministre en la comercialización de bienes y servicios; se diferencia del derecho a la libre expresión en: su grado de intervención (en tanto puede ser restringido de forma más severa que este), su ontología (en tanto la libre expresión no se vincula con intereses patrimoniales), su relevancia para el ordenamiento constitucional (en tanto no constituye garantía y requisito para una democracia participativa); la constitucionalidad de las medidas que consagran su restricción se determina, usualmente, a partir del desarrollo de un test de de proporcionalidad débil, que es el predicable, en principio, de las medidas que materializan la intervención del Estado en la economía.

- (iii) Como discurso informativo: se vincula con el derecho del consumidor a recibir la información suficiente y necesaria en la comercialización de bienes y servicios, está cobijado de forma *excepcional y restringida* por el derecho a la libre expresión, es un plano poco desarrollado por la jurisprudencia constitucional, del cual no se ha decantado aún: su carácter fundamental, la medida *excepcional y restringida* de protección bajo el entendimiento de la libre expresión, su alcance (salvo el caso de bienes nocivos para la salud, en los cuales se limita a poner en conocimiento de los potenciales consumidores el carácter dañino de los productos), y los criterios de admisibilidad de sus límites.
- (iv) El derecho a la libre difusión de información promocional (en cualquiera de sus dos planos), puede incidentalmente vincularse con algunos derechos fundamentales como el derecho al trabajo, a la libre escogencia de profesión u oficio u otros, dependiendo del contenido de la norma que lo consagre y que se someta a escrutinio judicial. En tales casos el examen de proporcionalidad de la medida puede hacerse más estricto.

6.2. CRÍTICAS A LAS DISERTACIONES DE LA CORTE EN LA LÍNEA QUE ESTUDIA MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN PROMOCIONAL

Los principales reparos que se advirtieron en las sentencias estudiadas fueron los siguientes:

- (i) En el estudio de proporcionalidad, una observación que se realizó en todas las sentencias que incluyeron el análisis de idoneidad de la medida (en particular las sentencias C-830 de 2010 y C-592 de 2012) , fue la falta de sustentación en la determinación de la misma para alcanzar la finalidad propuesta, en primer término porque aun existiendo una rotulación en la estructura de la sentencia dedicada únicamente a explicar estas razones, no se establecían ahí los criterios que efectivamente correspondían a ese juicio, y debía recabarse de manera no exenta de riesgos en la providencia, las enunciaciones que los manifestaran, en segundo lugar, porque las razones esbozadas correspondían solamente a referencias normativas y alusiones a disposiciones legales que no tenían en cuenta criterios de adecuación tangibles.
- (ii) Uno de los cambios de postura más significativos y que a juicio propio obedecieron al desconocimiento del precedente, se dio en el tránsito de la sentencia C-010 de 2000 a la C-830 de 2010, en lo alusivo al rigor del estudio de disposiciones que no tenían carácter neutro frente a la restricción de contenidos publicitarios, en la primera, se estableció que resultaba necesario indagar por razones constitucionales que justificaran el establecimiento de diferencias en el tratamiento de determinados discursos, mientras que en el segundo se aludió al “amplio margen de configuración legislativa” en la fijación de la dirección de las medidas, y por tanto se manifestó que el control que se realizara sobre esto debía ser débil. Esta segunda expresión, que se considera, fue propuesta sin analizar las normas anteriores fijadas por la Corte varió

drásticamente el devenir de la exigencia de rigor ante la posibilidad de tratos discriminatorios.

- (iii) La referenciación de la Corte no se elaboró de manera clara, en tal sentido, en pluralidad de ocasiones se perdió la verdadera autoría de los textos citados, tal fue el caso del escrito de Martin Bassols Coma titulado *Constitución y Sistema Económico*, que fue introducido en sentencia C-524 de 1995, posteriormente lo rescatado de este texto fue referenciado en sentencia C-830 de 2010, pero allí se aludió como un aporte de la primera providencia. De forma similar la Corte atribuía a sentencias que empleaban citas anteriores, aun textuales, la autoría de estos dichos olvidando el verdadero redactor previo. Igualmente, muchas de las citaciones carecían de elementos importantes para rastrear la fuente, como la edición y el año de publicación.

6.3. OTRAS CONCLUSIONES

- (i) La disidencia en materia de límites a la publicidad fue sumamente reducida, con la excepción de un salvamento de voto presentado en la sentencia C-592 de 2012 del magistrado Mauricio González Cuervo, que se basó principalmente en la inconformidad de considerar a los medios responsables por daños ocasionados a los adquirentes de los bienes pautados en sus canales, cuando estos no tienen control sobre las fuentes del riesgo; el plenario asumió todas las decisiones de manera uniforme.
- (ii) Si bien el rasero de inconstitucionalidad manifiesta fue referido en múltiples sentencias como el derrotero para la declaratoria de inexecutable de una medida de intervención del Estado en la economía, el estudio de constitucionalidad no se vinculó en ninguno de los casos solo a establecer estos requisitos mínimos en tanto siempre se realizaron consideraciones adicionales.

(iii) Como puede observarse de las figuras 1, 2 y 3 la jurisprudencia temprana de la Corte presentaba sus argumentos de acuerdo a una narrativa horizontal, o sea, acumulaba muchas razones en un mismo plano jerárquico, en lugar de estructurar su razonamiento a partir de premisas encaminadas a demostrar conclusiones que operaran a su vez como subargumentos. Con posterioridad las disertaciones fueron modificando esta tendencia, como se puede observar en las figuras 4, 5, 6, 7 y 8, y naturalmente los gráficos que representan la estructura de las sentencias fueron creciendo en verticalidad, esto permite al operador o intérprete ver con más claridad las razones concretas que en cada caso eran aducidas para tomar decisiones y su rol en la decisión final.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 (15, abril, 1887). Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1887. no. 7.019.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 74 (3, noviembre, 1966). Por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión. Diario Oficial. Bogota D.C., 1966. no. 32.116.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 23 (18, febrero, 1981). Por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1981. no. 35.711.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 30 de 1986 (31, enero, 1986). Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1986. no. 37.335.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 35 (8, marzo, 1989). Sobre ética del odontólogo colombiano. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1989. no. 38.733.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1335 (21, julio, 2009). Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2009. no. 47.417.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480 (12, octubre, 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogota D.C., 2011. no. 48.220.

DECRETOS

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 3466 (2, diciembre, 1982). Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1982. no. 33.559.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2591 (19, noviembre, 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1991. no. 40.165.

TRATADOS

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (3, enero, 1976).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C111 (25, junio, 1958). Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Ginebra, Suiza.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. (2003). Ginebra, Suiza. Artículo 13.

PUBLICACIONES ACADÉMICAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción por Ernesto Garzón Valdés. (primera edición). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BASSOLS, Martin. Constitución y sistema económico. Madrid.: Tecnos, 1988. ISBN: 9788430911554.

CEREZO, Julio. Presentación de Director Editorial. En: Colección: Cuadernos de comunicación Evoca. La publicidad en la era digital. Diciembre, 2011. vol. 6. ISSN 2173-349X.

COASE, Ronald H. Advertising and Free Speech. En: Journal of Legal Studies. 1977. vol. 6, p. 1-34 citado por Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Historia de las leyes: legislatura de 1981. Bogotá.: Tomo I.

COMITÉ DE DEFINICIONES, ASOCIACIÓN ESTADOUNIDENSE DE MERCADOTECNIA. A glossary of marketing terms. Chicago.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. (primera edición, segunda reimpresión). Barcelona: Ariel, S.A. Barcelona, 1995.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. (segunda edición, primera reimpresión). Nueva York: Bloomsbury Academic, 2013.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Principios y positivismo jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. (primera edición). México D.F.: Editorial Porrúa.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. (primera edición). México D.F.: Editorial Porrúa.

GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. En: Yale Journal Law. Diciembre, 1930. vol. 40 p. 161 – 183.

KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. Traducción por Eduardo García Maynez. (segunda edición, quinta reimpresión). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

KLEPPNER, Otto; RUSSELL , J. Thomas, LANE, W. Ronald. Kleppner's advertising procedure. Traducido por Georgina Greenham. (doceava edición). México D.F.: Prentice Hall Hispanoamérica S.A., 1994.

LÓPERA, Gloria P. Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. En: DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2004. vol. 27. pp. 211-243. ISSN: 0214-8676.

LÓPEZ, Diego E. El derecho de los jueces. (segunda edición). Bogotá D.C.: Legis. 2006.

PAREJO, A. Luciano. Constitución y valores del ordenamiento. En: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo I. 1991. Madrid: Ed. Civitas.

ROSALES, Fernando J. Lógica jurídica: instrumento indispensable para el juez y el abogado litigante. (primera edición). Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 2010. ISBN: 978-9929-8056-1-3.

RUIZ MANERO, Juan. Jurisdicción y normas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

SANTESMASES, Miguel. Marketing. Concepto y estrategias. (cuarta edición). Madrid: Pirámide, 1999.

STANTON, William J.; ETZEL, Michael J. y WALKER, Bruce. J. Fundamentos de Marketing. Traducido por Manuel Ortiz Staines. (decimocuarta edición). México D.F.: McGraw Hill Interamericana, 2007. ISBN: 970-10-6201-9.

YALE, David R. y CAROTHERS, Andrew J. The publicity handbook. (segunda edición). McGraw-Hill Education, 2001. ISBN: 978-0-07-161274-6.

ZAGREBELSKY, G. Il diritto mite. Turín: Einaudi, 1992

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia C-624 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-799 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-116 de 1999, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

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

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

Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-810 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia SU-1300 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia T-1031 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia SU-058 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia T-249 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia T-774 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional. Sentencia C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

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

Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-740 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

Corte Constitucional. Sentencia T-489 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz.

OPINIONES CONSULTIVAS Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. Analysis and Interpretation of the Constitution. Annotations of Cases Decided by the Supreme Court of the United States. 2002. Disponible en: <http://www.gpoaccess.gov/constitution/browse2002.html#supp>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-85 (13, noviembre, 1985). San José, Costa Rica. p. 11. Citado Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Op. cit..

NORMAS TÉCNICAS

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS. NTC-1486. Documentación. Presentación de tesis, trabajos de grado y otros trabajos de investigación.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS. NTC 5313. Información y documentación. Reglas para la abreviatura de títulos de publicaciones.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS. NTC 5613. Referencias bibliográficas. Contenido, forma y estructura.