



NUEVO

DERECHO

vol. 18 n° 30

Enero a Junio de 2022

ISSN: 2011-4540

ISSN-e: 2500-672X



Nuevo Derecho
ISSNe 2500-672X

Institución Universitaria de Envigado, Colombia -
Grupo Auditorio Constitucional

Rectora

Blanca Libia Echeverri Londoño,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Decano Facultad Ciencias Jurídicas y Políticas

Gabriel Alonso Campuzano Cadavid,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Directora - Editora

Ivanna Calvete León,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Comité Editorial

Carlos José Mosso,
Universidad Católica de Argentina, Argentina.

Carlos Crístopher Viveros Echeverri,
Corporación Universitaria Remington, Colombia.

Luis Alberto Torres Tarazona,
Universidad Libre, Colombia.

Jose Eduardo López Ahumada,
Universidad de Alcalá, España.

Alexandra Hurtado Maya,
*Fundación Universitaria Autónoma de las Américas,
Colombia.*

Ángel Guillermo Ruiz Moreno,
Universidad de Guadalajara, México.

Luz Dary Naranjo Colorado,
*Centro de Investigaciones y Estudios Avanzados CO-
DEMA, Colombia.*

Marcela Angelina Aravena Domich,
*Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y
Tecnología UMECIT, Panamá.*

Nydian Yaneth Contreras Rodríguez,
Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia.

Maria Victoria Santana Londoño,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Jaime León Gañan Echavarría,
Universidad de Antioquia - Universidad CES

Asistente editorial

Omar Pulgarín Espinosa

Corrector

Gustavo Otálvaro Ocampo

Director de Publicaciones

Jorge Hernando Restrepo Quirós,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Asistencia técnica

Lina Marcela Patiño Olarte,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Corrección de estilo

Erika Tatiana Agudelo Olarte

Diseño y diagramación

Leonardo Sánchez Perea

Dirección y contacto

Cra. 27 B 39 A Sur 57 – Envigado, Colombia
Teléfono: + 57 4 3391010
nuevo.derecho@iue.edu.co

Nuevo Derecho se encuentra incluida en los siguientes
índice y base de datos:

- Lexbase
- Fuente Académica Premier de EBSCO
- VLEX
- Catálogo Latindex
- Latindex 2.0
- Dialnet
- Leyex.info
- Actualidad Iberoamericana
- REBID
- MIAR
- DOAJ
- CLASE - BIBLAT
- AmelICA
- CIRC

La responsabilidad de los artículos publicados en la Revista
Nuevo Derecho recae, de manera exclusiva, en sus autores,
y su contenido no refleja necesariamente el criterio de la
institución



Revista Nuevo Derecho por Institución Universitaria de
Envigado se distribuye bajo la Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

Contenido

Editorial

Ivanna Calvete León

Derecho a la libre locomoción de adultos mayores: una mirada en el contexto del SARS-CoV-2

Diego Fernando Villegas Suárez

El principio de celeridad en el sistema jurídico colombiano: Un análisis desde los procesos orales de la jurisdicción contencioso-administrativa

Carlos Andres Sánchez Peña y Yassith Yaneth Muskus Tobias

Prima especial para la Fiscalía General de la Nación: su reconocimiento en la Ley 4 de 1992

Estefany del Carmen Fierro Carbonell y Luz Myriam Alcalá Rodríguez

Signos distintivos y derechos de autor en España y México

Pilar Cousido y Miryam Alcalá

Ação Popular Climática no Brasil: a ponte entre o ativismo infantil, adolescente e juvenil e a busca de respostas à emergência climática

Marcelo Bruno Bedoni de Sousa

Derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada: análisis de la tutela 043/20 de la Corte Constitucional

Diana Marcela Trujillo Vallejo y Ana Isabel Arango Giraldo

Editorial

En la actualidad, la investigación jurídica se enfrenta al reto de atender a la celeridad con la que se presentan los cambios en las dinámicas con las que se establecen las relaciones entre las instituciones y los actores, y a su vez, atender a las demandas sociales. Por lo tanto, la reflexión académica y los espacios de investigación se dinamizan y buscan responder a las preguntas que surgen con ocasión de los contextos y frente a dichas demandas.

En este orden de ideas, la producción científica se especializa y abre sus discusiones con diferentes enfoques que atienden a nuevas perspectivas para entender, comprender y dar soluciones a los problemas que se presentan dentro de su objeto de estudio. La pregunta sobre el papel del derecho frente a las contingencias, respecto a los problemas que se presentan alrededor de la protección y garantía de derechos de las mujeres, las medidas de protección ambiental, los nuevos mecanismos requeridos para la efectividad y eficacia de las normas, el papel del Estado en la sociedad, entre otros temas, se convierten en el escenario que motiva al investigador a aportar y a enriquecer las discusiones que abren nuevos caminos para el estudio del derecho.

Es posible decir que esta edición de la revista Nuevo Derecho hace una divulgación de diferentes textos que aportan a las discusiones actuales del derecho nacional e internacional que proponen nuevas miradas frente a los acontecimientos que reconcilian los estudios del derecho con la sociedad.

Ivanna Calvete León
Editora

Derecho a la libre locomoción de adultos mayores: una mirada en el contexto del SARS-CoV-2

Right to freedom of movement for the elderly: a look in the context of SARS-CoV-2.

Diego Fernando Villegas Suárez¹

Cómo citar: Villegas, D. F. (2022). Derecho a la libre locomoción de adultos mayores: una mirada en el contexto del SARS-CoV-2. *Nuevo Derecho*; 18(30): 1-18. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1445>

Recibido/12/01/2022 – Aceptado/01/03/2022 – Publicado/30/06/2022

Resumen

Este artículo pretende analizar el manejo de la pandemia por el SARS-COV-2 en Colombia durante el 2020 y sus efectos en el derecho a la libre locomoción, en especial, de los adultos mayores. Para ello, se realizó una revisión crítica de publicaciones científicas sobre el manejo de la pandemia en Latinoamérica y en Colombia. Además, se examinaron varios análisis sobre las acciones que emprendió el Gobierno colombiano y que afectaron los derechos de los adultos mayores. Sumado a esto, se revisó literatura jurídica nacional e internacional con respecto a los derechos fundamentales y las medidas para detener el avance del COVID-19. A su vez, fue necesario remitirse a los pronunciamientos del sector de la salud sobre las necesidades especiales de los adultos mayores en la pandemia y el manejo que el Gobierno colombiano debía darle a la situación. A partir del análisis y la revisión, se obtuvieron tres conclusiones. En primer lugar, las organizaciones nacionales e internacionales deben fijar los instrumentos legales y humanitarios para reconocer los derechos humanos de los adultos mayores en un estado de emergencia. En segundo lugar, las medidas implementadas no pretendían romper con la interdependencia de los derechos humanos; el Estado colombiano solo quería priorizar el derecho a la vida en un marco sanitario adecuado. Finalmente, el Gobierno colombiano debe reconocer la importancia de la atención psicológica y eliminar las barreras para acceder a ella.

Palabras clave: Adultos mayores, derechos humanos, pandemia, libre circulación, atención psicológica

¹ Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, magíster en Derecho con énfasis en Derechos Humanos y Justicia Transicional de la Universidad del Rosario. villegasdiego1986@gmail.com - <https://orcid.org/0000-0002-9360-6962>



Abstract

This paper aims to analyze how the SARS-COV-2 pandemic was managed in Colombia throughout 2020 and its effects on the right to freedom of movement, especially for the elderly. To this end, a critical review of different scientific papers on the management of the pandemic in Latin America and Colombia was carried out. In addition, several analyses of measures adopted by the Colombian government affecting the rights of the elderly were reviewed. A review of national and international legal literature on fundamental rights and measures to halt the advance of COVID-19 was also conducted. At the same time, reference had to be made to statements from the health sector about the special needs of the elderly in the pandemic and the Colombian government's handling of the situation. Three conclusions can be drawn from the analysis and review. First, national and international organizations must establish legal and humanitarian instruments to recognize the human rights of the elderly in a state of emergency. Secondly, the measures implemented were not intended to break with the interdependence of human rights; the Colombian State only wanted to prioritize the right to life in an adequate sanitary environment. Finally, the Colombian government must recognize the importance of psychological care and address the obstacles to accessing it.

Keywords: Elderly adults, human rights, pandemic, free movement, psychological care.

1. Introducción

Los derechos humanos se conciben conceptualmente como la reafirmación jurídica de la dignidad e igualdad de todas las personas frente al Estado, lo que permite a los hombres, de forma legal y legítima, reclamar lo que necesitan para vivir de forma íntegra y digna y cumplir con los fines propios de la vida en comunidad Centro Nicaragüense de Derechos Humanos [CENIDH], 2012; Nikken, 1997). Los derechos humanos también se presentan como reguladores de las relaciones interpersonales y de las garantías de vida y dignidad humanas. En Colombia, esto se expresa mediante los denominados derechos fundamentales, que están explícitamente consagrados en la Constitución Política de Colombia. Esta dinámica los transforma en un eje dominante del discurso crítico frente al contexto de pandemia² por el virus SARS-CoV-2, causante del COVID-19.

La enfermedad del COVID-19 es causada por el coronavirus 2 del síndrome respiratorio agudo severo. Antes de la pandemia, tanto el virus como la enfermedad eran desconocidos (Pérez Abereu *et al.*, 2020a). El COVID-19, que hasta el momento ha causado más de cinco millones de muertes (Johns Hopkins Coronavirus Resource Center, 2021), produce síntomas similares a los de la gripa, aunque “también se ha observado la pérdida súbita del olfato y el gusto (...) [y, en casos graves,] se caracteriza por producir neumonía, síndrome de dificultad respiratoria aguda, sepsis y choque séptico”(Pérez Abereu *et al.*, 2020a, p. 3). Dados estos síntomas, se ha encontrado que

² Se llama pandemia a la “Propagación mundial de una enfermedad generada por un microorganismo que se transmite de forma eficaz y es capaz de producir casos por transmisión comunitaria en múltiples lugares” (Botero-Rodríguez *et al.*, p. 18). Según la OMS (2004), “las pandemias son mundiales por su misma naturaleza y pocos países tienen probabilidad de salvarse”(p. 1).

alrededor del 3 % de los infectados muere, aunque la tasa de mortalidad se encuentra en 4.48 % (Pérez Abereu *et al.*, 2020a, p. 3).

En vista de la generalidad y relevancia de lo expuesto, el presente texto analizará el derecho a la libre locomoción, estipulado en el artículo 24 de la Constitución Política de Colombia, en relación con la pandemia y la manera en que se ha limitado este derecho. La libre locomoción está consagrada en varios convenios y pactos internacionales; por ejemplo, el artículo 13 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* establece que “toda persona tiene derecho a circular libremente (...) en el territorio de un Estado” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948). Al respecto, el artículo 12, numeral 1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* indica que “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976).

Algo fundamental para tener en cuenta del artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* es que, en el numeral 3, se explica que las restricciones a la libre locomoción solo serán posibles para “proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos (...)” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976). Las directrices nacionales e internacionales, en el contexto de la pandemia, en principio, tenían la finalidad de solventar la problemática relacionada con el distanciamiento social, algo clave para frenar el aumento de casos. Ante esto, cabe preguntarse ¿cuál fue el estado de este derecho fundamental en Colombia en relación con los adultos mayores y el contexto producido por el COVID-19 durante el 2020?

Con el fin de resolver este interrogante, es preciso comprender que, en Colombia, durante el año 2020, la pandemia determinó que la distribución del poder y las relaciones estatales transformaran las dinámicas drásticamente. Por ejemplo, el 17 de marzo de 2020 el poder ejecutivo invocó el artículo 215 de la Constitución Política para decretar el estado de emergencia económica, social y ecológica. De esta manera, el ejecutivo pudo adoptar medidas extraordinarias de carácter legislativo, dado que las facultades normales conferidas por la ley eran potestades insuficientes dentro del marco de una crisis, tal como se pudo corroborar en la Sentencia C-670 de 2015 de la Corte Constitucional. En esta sentencia, la Corte hace una adecuada referencia a la prueba de subsidiariedad de las medidas de emergencia, las cuales se deben regir por el principio de transparencia y legalidad al que se exhorta en toda actuación administrativa.

El control inmediato de legalidad sobre las normas que surgen del estado de excepción (Ley 1437 de 2011, Art. 136) permite a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ser un medio de revisión de los actos administrativos. En relación con los derechos humanos, un estado de excepción puede generar que estos se vean expuestos a limitaciones excepcionales con ocasión de emergencias que pongan en peligro a la sociedad, la independencia del Estado o la seguridad. Sin embargo, ante circunstancias especiales, el gobierno puede suspender las garantías, acción que está amparada por un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), según el cual un estado de emergencia y las acciones posteriores, según la Corte IDH, son medidas enteramente excepcionales que se justifican porque pueden ser “el único

medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática” (Nikken, 1997, p. 50).

Con el fin de analizar bajo unos criterios más objetivos la situación actual en Colombia, se tomaron en cuenta los seguimientos desarrollados por la Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a la crisis en relación con la pandemia del COVID-19 (SACROI COVID-19). La Sala fue creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para hacer un “seguimiento cercano a la situación de derechos humanos en contexto de la pandemia, reforzando la integralidad e intersectorialidad a la luz de la protección de los derechos humanos» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], s/f.). Dentro de su plan de acción, este nuevo organismo estipula “el seguimiento a las recomendaciones emitidas por la CIDH respecto a la pandemia y los derechos humanos y el análisis de impacto de las medidas en distintas situaciones de derechos humanos” (CIDH, s/f.).

En Colombia, los preceptos de la SACROI COVID-19 se aplican jurídicamente mediante los artículos 4, 5 y 6 de la Ley Estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994), los cuales garantizan que los derechos humanos sean intangibles, que no se puedan suspender y, en caso de limitarse o existir ausencia de regulación, que no se afecte su núcleo esencial. De esta manera, también se cumple, dentro de los parámetros legales, con el principio de proporcionalidad en el uso de los poderes excepcionales (Cifuentes Muñoz, 2002). Con todo, no se debe perder de vista que los derechos intangibles “pueden ser ampliados por la jurisprudencia y las normas que conformen el bloque de constitucionalidad” (Fuentes-Contreras, 2020, p. 123). Precisamente, esto es un indicativo de un modelo normativo resiliente que se encamina a establecer relaciones socio-jurídicas adecuadas. En el contexto actual, el objetivo es mitigar el impacto negativo de la crisis sanitaria en los derechos humanos.

Ahora bien, en el momento en que la crisis por el COVID-19 traspasó fronteras, el 18 de marzo de 2020 el Ministerio del Interior expidió el Decreto número 420 de 2020, por el cual se da potestad a los alcaldes –en el marco de las competencias legales y constitucionales– de ordenar el toque de queda y restringir parcialmente el derecho de circulación. Según el principio de precaución, estas medidas son justificadas, dado que, ante la imposibilidad de determinar las consecuencias “sobre la base de los riesgos probables graves o irreversibles, es el Principio de Precaución, como instrumento (...) [el que] debe estar presente en los órganos decisores y en la gestión de riesgos” (Agudelo Montoya y López Mejía, 2009, p. 17). Ante una situación que suponga un peligro para la salud o el medio ambiente -como la pandemia por el COVID-19- este principio estaría inserto en “toda norma que establece una pauta a seguir ante la falta de certeza científica en la gestión de un riesgo ambiental o para la salud pública de cierta entidad” (Leire Escajedo, 2004, p. 189).

Sobre esta base, durante los primeros meses de 2020, el Estado colombiano abogó por el cuidado de los individuos y ordenó la restricción parcial de algunos de sus derechos fundamentales. Dada la incertidumbre frente a las características científicas del virus del SARS-COV-2, era dable aplicar el principio de precaución como estructura o mecanismo de prevención para salvaguardar el derecho a la vida. Si bien en Colombia

se permitió a los entes territoriales adecuar las medidas a su contexto específico, esta dinámica transgredió parcialmente los derechos fundamentales de algunos individuos, entre otros, los adultos mayores, tal y como se explica a continuación.

2. Adulto mayor y COVID-19

En Colombia, según datos del Censo Nacional de Población y Vivienda del 2018 (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2018) hay 3 013 319 mayores de 70 años, lo que corresponde al 6.0 % del total de la población. De este porcentaje, el 55.8 % son mujeres; otro 60.3 % son jefes de hogar; un 35.8 % vive solo; 34.0 % hace oficios del hogar; y un 11.7 % no cuenta con servicios de acueducto en su vivienda (Curcio Borrero, 2020, p. 86).

Los adultos mayores (individuos de 65 años o más) son la población con mayor riesgo de contagio grave del COVID-19, por lo que en Colombia se decretó, durante los primeros meses de 2020, “una cuarentena total, con una duración prevista de dos meses y medio, pero extendida en la realidad por tiempo indefinido” (Galeano Marín et al., 2020, p. 150). Además, se establecieron otras restricciones para el resto de la población a través de las resoluciones 00000464 del 18 marzo de 2020, 000470 del 20 de marzo de 2020 y 844 del 26 de mayo de 2020, emitidas por el Ministerio de Salud y Protección Social. Además, el 28 de mayo de 2020, el Ministerio del Interior emitió el Decreto 749 que presenta garantías para el aislamiento, actividades no permitidas, directrices para movilidad, teletrabajo y trabajo desde casa, cierre de fronteras y garantías para el personal médico, entre otros.

En el primer semestre de 2020, a causa de la pandemia, se promulgaron una multiplicidad de decretos y resoluciones. Por esto, según Trujillo Florián et al. (2020) its significance is worldwide, however, its consequences make poverty and inequality visible in the most vulnerable citizens of the city of Bogotá (Colombia, parece haber un regreso del Estado paternalista. Con el fin de justificar la publicación de toda la normativa para contener la expansión del COVID-19 en Colombia, el Decreto 457 de 2020 se remite a la Sentencia T-483 de 1999 de la Corte Constitucional colombiana. En esta, la Corte explica que el derecho fundamental de circulación puede ser limitado, pero que para “prevenir la comisión de infracciones penales, proteger el interés público, la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas, o los derechos y libertades de las demás personas”, la restricción debe realizarse de acuerdo con los criterios de necesidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad. Por esto, alguna limitación arbitraria del legislador no es admisible sin la debida justificación en atención a los principios, valores, derechos y deberes constitucionales, como aclara la misma sentencia.

Con todo, se ha dicho que la dinámica disruptiva de confinamiento obligatorio “despojó a los adultos mayores de la responsabilidad sobre sí mismos, de la capacidad para decidir cómo cuidarse, de la libertad para asumir, como sujetos de derecho, los riesgos de la existencia” (Galeano Marín et al., 2020, p. 152). Si bien el objetivo principal de las medidas que tomó el Gobierno colombiano era proteger a la población más vulnerable, esto llevó a que los adultos mayores perdieran la libertad para movilizarse

e, incluso, se puede afirmar que les arrebataron “su capacidad de discernimiento y de toma de decisiones” (Galeano Marín et al., 2020, p. 152). No se puede negar que, en ese momento, la evidencia científica avalaba un mayor cuidado para los adultos mayores, pero en lugar de protegerlos, se limitaron sus libertades fundamentales (Galeano Marín et al., 2020, p. 152).

Es claro que en el marco de la pandemia, el escenario y las medidas adoptadas eran totalmente imprevisibles, pero esto tuvo grandes repercusiones a nivel social, económico, personal y familiar. Las medidas de aislamiento obligaron a muchos grupos poblacionales a permanecer en casa y a cambiar por completo sus rutinas, condiciones de vida y hábitos. Todo esto influyó negativamente en los aspectos físicos, económicos, emocionales y psicológicos de toda la población, pero más notablemente en familias en situación de “vulnerabilidad, dadas las condiciones y la falta de recursos” (García Gil, 2020, pp. 110–111).

En materia jurídica, se reflejó la segregación estatal a los adultos mayores (sujetos de especial protección) en la vulneración de sus capacidades para autogestionarse y la exposición a condiciones complejas de sostenibilidad económica y de salud, desconociendo las capacidades de los sujetos y la realidad socioeconómica del territorio colombiano. Por lo tanto, de cierta manera, las medidas eran discriminatorias porque el Estado ignoró las diferentes condiciones de estos individuos y parece que no tomó en consideración que una gran parte de esta población está compuesta por “personas mayores que viven solas, en instituciones o en comunidades de bajos ingresos que tienen acceso desigual a la atención médica, a menudo en situación de subempleo y sin protección social” (Huenchuan, 2020, p. 9).

Otro aspecto que debe ser considerado en el manejo de la pandemia es que en América Latina “la débil protección social también obliga a muchas personas mayores a continuar trabajando, a menudo en ocupaciones de baja calificación y en condiciones de informalidad” (Módenes et al., 2020, p. 4). Además, como característica de su edad, deben recurrir asiduamente al sistema de salud, lo que implica movilizarse constantemente. De hecho, las medidas tomadas frente a la pandemia les dificultaron el acceso a sus tratamientos médicos -muchas veces crónicos-, lo que atenta contra su derecho a la libre locomoción, la vida, la dignidad, la autonomía y la salud. Esto a su vez generó un cerco discriminatorio frente al tratamiento de enfermedades y de los pacientes.

Precisamente, en marzo del 2020, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) emitió una serie de recomendaciones generales para la atención a personas mayores en el marco de la pandemia. En ese momento, la Cepal indicó que los lugares de cuidado de largo plazo debían cumplir con unos estándares de calidad y de respeto por los derechos humanos. Según Huenchuan (2020), en primer lugar, se debía asegurar la disponibilidad de establecimientos, bienes, servicios públicos, medicamentos e instalaciones adecuadas. En segundo, se debía garantizar la accesibilidad a dichos establecimientos, bienes y servicios. En tercer lugar, todo lo que se pusiera a disposición de los adultos mayores debía “respetar los principios de la ética y los valores culturales, (...) ser sensible al género y al ciclo de vida y (...) respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de la población” (p. 15). Finalmente, se esperaba

que se brindara atención de calidad que fuera apropiada desde el punto de vista científico y médico.

En principio, el artículo 46 de la Constitución Política indica que el Estado, la sociedad y la familia deben velar por la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, además de promover “su integración a la vida activa y comunitaria”. Sumado a esto, “el Estado les debe garantizar los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). No obstante, las dinámicas de la pandemia llevaron a transgredir los derechos de los individuos mayores y a juzgarlos por su fisionomía, principio tan arcaico que podría denominarse *lombrosiano* y que, en consecuencia, apartaría hipotéticamente a los sujetos más débiles de los más fuertes. Esta práctica, en últimas, desconoce las características reales de cada individuo y sus necesidades, y en el caso del adulto mayor lo aparta de la sociedad para aislarlo en un ambiente de desprotección e inasistencia.

Todo esto provocó que los adultos mayores fueran victimizados por parte de los diferentes sectores públicos y privados de la sociedad, pues tuvieron que enfrentarse a una infraestructura y a unos protocolos de bioseguridad hostiles. En ese momento, parecía que las medidas partían de la discriminación y la segregación de dicha población, mientras que sus hogares se transformaban dramáticamente en el espacio de privación de su libertad. Como si fuera poco, se avivaron “prejuicios estructurales y ancestrales sobre la vejez y las personas mayores que expresan contradicciones culturales que laceran sus derechos y libertades fundamentales” (Dabove et al., 2020, p. 170).

Las limitaciones de movilidad derivaron en una tutela interpuesta por las personas mayores en contra de la Resolución 464 del 18 de marzo de 2020, la cual ordenaba medidas más estrictas para ellos entre marzo y mayo de 2020, y la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020, que extendía dicha restricción hasta el 31 de agosto de 2020 (Quintero Díaz, 2020, p. 50). Esta medida se denominó popularmente como la *Rebelión de las canas*, la cual “estuvo liderada por reconocidos políticos como Rudolf Hommes, Humberto de la Calle y Clara López, quienes interpusieron una tutela por considerar que se estaban violando los derechos fundamentales de la población mayor de 70 años” (Liendo y González, 2021, p. 248).

La *Rebelión de las canas* se sumó a lo que ya sucedía en Francia, donde a mediados de abril de 2020, el gobierno de Emmanuel Macron iba a decretar una medida restrictiva para los adultos mayores. En ese momento, de acuerdo con Quintero Rojas (2020), un grupo expresó su inconformidad porque consideraba que se vulneraban sus derechos a la libre movilización y a la toma de decisiones. En comparación con Colombia, el Gobierno francés “no tuvo otra alternativa que declinar y apelar a la responsabilidad individual de los franceses” (Quintero Rojas, 2020, pp. 6–7). Todo esto da cuenta “de que esta población es muy heterogénea y que es errado presumir que, cuando se es adulto mayor, significa que ya no se es productivo ni responsable de sus propios actos” (Quintero Rojas, 2020, pp. 6–7).

Por otro lado, esta “Rebelión”, como se expresó en el programa radial Desafíos RCN (Pimentel Irigoyen, 2020), responde directamente al efecto del confinamiento que limitó

la libre locomoción de adultos mayores en Colombia, así como su salud física y mental. Además, exacerbó la extrema vulnerabilidad de su individualidad y su grupo familiar.

A partir de las medidas y situaciones que surgieron por el confinamiento, se considera que en el sector público y privado no se debe restringir ni discriminar a este sector poblacional. En cambio, se debe garantizar la sana accesibilidad de estos individuos³ a todos los servicios. Por esto, las empresas también “deben respetar los derechos humanos en su operatoria, procurando prevenir o mitigar el impacto en los derechos humanos y no haciendo daño” (Bohoslavsky, 2020, p. 10).

Los adultos mayores, como consecuencia de su historia clínica, decaen biológica, física y mentalmente si se limita su derecho de libre locomoción. Por lo tanto, las medidas que implementó el Gobierno colombiano en el marco de la pandemia los pudieron llevar a desarrollar enfermedades neuronales y del sistema nervioso central⁴. Así las cosas, el manejo jurídico de la crisis se relaciona directamente con una futura contingencia en materia de salud mental. Todo esto es un claro indicador de que cualquier respuesta ante la pandemia debe ser inclusiva y evitar cualquier daño psicológico y físico a todos los grupos poblacionales. Algo que aún no han asimilado los gobiernos del mundo es que, si bien el encierro prolongado puede ser una medida para combatir la expansión del virus, todo esto va de la mano con una crisis en el desarrollo de los individuos, así como del futuro y *deber ser* emocional de la humanidad (Ribot Reyes et al., 2020).

Por otro lado, el personal de salud insiste en que la pandemia no debe ser una excusa para ignorar los dictados éticos ordinarios de la atención médica. Además, se insiste en que el respeto por los derechos humanos de los pacientes es un “imperativo ético-legal que deben observar los gobiernos, los servicios médicos y los profesionales de la salud. Son obligaciones y deberes conforme al derecho internacional de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos” (Camargo Rubio, 2020, p. 2).

Todo el debate sobre las medidas para proteger a la población adulta (65 años o más) tuvo dos grandes repercusiones. En primer lugar, hubo un fallo histórico a favor de los derechos a la igualdad, a la libertad de locomoción y al libre desarrollo de la personalidad de las personas mayores que sentían que habían sido vulneradas con las medidas impuestas por el gobierno. En segundo lugar, el 6 de agosto de 2020, el Congreso de

³ “En estos momentos difíciles, los geriatras deberán tomar el mando en la atención de la población mayor frente a la pandemia, ser asesores en la creación de política pública. Como todos conocemos, en ocasiones el perfil de las personas que se encuentran en los puestos directivos o administrativos no les permite visualizar la magnitud del problema que amenaza a nuestra población mayor, el alto riesgo en el que se encuentran los ancianos de Colombia y la alta mortalidad que se pueda presentar. Un escenario que algunos artículos científicos definen como el «gericidio» del siglo XXI. Por lo tanto, es imperativo identificar los problemas que afectan la salud y el bienestar de las personas mayores, promover activamente la conciencia y trabajar para influir en las políticas a nivel local y nacional” (Gutiérrez Cortes, 2020, p. 358).

⁴ “La pandemia por COVID-19 ha modificado rápidamente los modos de vida de la población en general, y la ausencia de vacunas y tratamientos específicos para COVID-19 exhortan a la necesidad de emplear estrategias públicas dirigidas a reducir las tasas de contactos en la población y reducir la transmisión del virus. Dentro de la fase de mitigación en la que se encuentra el país (Colombia), el confinamiento en casa se ha adoptado como medida obligatoria, y aunque su principal objetivo es reducir el contagio, implica otros riesgos para la salud, tales como los mentales (estrés, ansiedad, alteraciones de sueño), y físicos; incluido en este segundo grupo, el desacondicionamiento físico, dado, entre otros, por el incremento de los tiempos de inactividad física, las conductas sedentarias y la malnutrición” (Mera et al., 2020, p. 171).

la República aprobó la iniciativa para que Colombia se adscriba a la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA, 2015). En ese momento, la propuesta estuvo bajo estudio por la Corte Constitucional y está a la espera de sanción presidencial.

La adhesión de Colombia a esta Convención sería el primer pacto vinculante para proteger los derechos humanos de esta población. Los Estados que se acogen al pacto “deben promover, proteger y asegurar el reconocimiento, pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor” (Quintero Díaz, 2020, p. 50). La finalidad es contribuir “a la plena inclusión, integración y participación en la sociedad de los adultos mayores” (Quintero Díaz, 2020, p. 50).

3. Derechos humanos, ¿interdependencia o jerarquización en tiempos de pandemia?

Con base en lo anterior, hay una interesante discusión sobre el principio de interdependencia de los derechos humanos, el cual indica que los derechos están unidos mediante un nodo que implica que si se afecta uno, se afectan todos. Es decir, se trata de una teoría unívoca de acción-reacción, lo que, en el contexto de pandemia, lleva a afirmar que la negación de algunas garantías o derechos generaría la alteración de todos. Sin embargo, este principio no se puede interpretar y aplicar de esa forma en el contexto actual, dado que el derecho a la vida prima sobre el resto y produciría la restricción de derechos individuales con el fin de salvaguardar los derechos colectivos y sociales.

En este contexto, si se rompe el paradigma de interdependencia no existirían jerarquías entre los derechos humanos a fin de dinamizar el marco legal y garantizar la protección social. Al respecto, el 14 de abril de 2020, la Corte IDH emitió un comunicado sobre los derechos humanos y el COVID-19. En esa ocasión, la Corte IDH explicó que las medidas que los Estados adopten para contener la expansión del virus y que “puedan afectar el goce de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales” (Corte IDH, 2020, párr. 4). Todas las decisiones de los Estados deben estar “acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos” (Corte IDH, 2020, párr. 4). No obstante, la dependencia entre derechos puede tornarse negativa y, por lo tanto, generar un resultado diferente.

Según Anaya Muñoz (2020), las “acciones tomadas para salvaguardar algunos derechos pueden tener consecuencias no deseadas y afectar la vigencia de otros derechos” (p. 228). Esto implicaría un debate postpandemia sobre la inconveniencia de sobrellevar los derechos humanos a la misma jerarquía de los derechos civiles y económicos, puesto que se pueden abrir puertas a la inasistencia estatal y al abuso del poder. Piovesan y Morales Antoniazzi (2020) explican que en la práctica, el discurso humanitario ha perdido aplicación práctica dentro de las estrategias y medidas estatales y en políticas

de los estados. Dentro de las iniciativas y programas estatales, se abre la posibilidad a un eje institucional ambiguo que podría tergiversar la democracia en pro de la dictadura, por ejemplo, con la excepcionalidad prolongada. Con esta medida, puede haber carencia de participación de los poderes públicos por etapas extensas, lo que finalmente atenta contra el debido proceso y pone en entredicho la capacidad del gobierno de afrontar la crisis de una manera adecuada.

Por otra parte, en materia de políticas económicas, se debe tener en cuenta que entre 2020 y 2021 se han definido varias medidas para regular la economía y la movilidad poblacional; sin embargo, estas han atentado gravemente contra los derechos humanos. Se han tomado decisiones de confinamiento que tienen cierta similitud con lo implementado en un estado gendarme de los años 50 y 60 del siglo XX. Por ejemplo, no se tienen en cuenta las necesidades de todo el cosmos poblacional del Estado colombiano, además de que el gobierno ha despojado de toda dignidad humana a los individuos más pobres y viejos. Tal como ya se ha explicado, este sector se caracteriza porque no tienen un ingreso fijo, trabajan para solventar sus gastos diarios, no tienen acceso a formación superior y tampoco conocen las herramientas necesarias para ingresar al mundo del teletrabajo. Además, no tienen recursos necesarios y sus ingresos no son suficientes para poseer los servicios públicos básicos. Incluso, se trata de un sector que no tiene un asentamiento fijo y, por lo tanto, no puede cumplir a cabalidad con el ordenamiento del Estado.

En últimas, esto los lleva a ser el blanco de medidas sancionatorias, como detención o multas. Todo esto, en el contexto de la pandemia en Colombia, ha derivado en castigar al pobre por ser pobre, y al adulto por ser viejo, sin tener en cuenta la poca capacidad de adquisición que tiene la mayoría de población. De alguna manera, estas dinámicas, el abandono estatal y la actitud de varios sectores de la población se podría enmarcar dentro de la aporofobia y gerontofobia, lo que impide la recuperación económica y aumenta la escala de desigualdad social.

En medio de la pandemia, si bien se detectó la necesidad de equiparar los derechos y soportar su interdependencia, fue inevitable la alteración en su ejercicio y la afectación jurídica a los individuos. Cabe recordar que la proyección teórica del ordenamiento legal se visibiliza dentro de un imaginario casi utópico de igualdad, pero que por la mecánica del sistema liberal y del gran dinamismo interpretativo del Estado social de derecho, no hay una ejecución limpia de los derechos humanos. En la pandemia, se llegó a delimitar acciones jurídicas, dado que, bajo el discurso del confinamiento, se alteró el derecho a la libre locomoción, a la dignidad y a la vida. Aunque se puede considerar que el ejecutivo actuó para proteger el derecho a la vida, en esta situación urge el debate correspondiente con relación a la interdependencia de los derechos humanos y su tratamiento durante la pandemia del COVID-19.

4. Conclusiones

A raíz de la crisis sanitaria, las dinámicas sociales han afectado a las poblaciones más viejas y pobres de América Latina. En estos sectores, el confinamiento ha derivado en

un efecto indirecto, que se traduce en la reducción de la demanda y de los ingresos, hechos que impactan directamente la pobreza (Álvarez et al., 2020, p. 8). Según la Resolución 4 del 2020 de la CIDH, la discriminación, la pobreza, la desigualdad, el mal estado de los sistemas de salud y, muchas veces, la poca estabilidad política e institucional de Colombia dio como resultado el incumplimiento del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) y de las recomendaciones emitidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS). Estos instrumentos tienen como finalidad solventar las necesidades básicas y salvaguardar el bienestar de los sectores más vulnerables.

Como si fuera poco, la pandemia impactó a América Latina en un momento de debilidad de su economía y de vulnerabilidad macroeconómica. Tal solo, entre 2010 y 2019, “la tasa de crecimiento del PIB regional disminuyó del 6 % al 0.2 %; más aún, el período 2014-2019 fue el de menor crecimiento desde la década de 1950 (0.4 %)” (Ferriol Molina, 2021, p. 119). En la crisis sanitaria en Colombia, se sobrepasó el enfoque de riesgo, a menudo centrado de manera restringida en el ingreso, es decir, “[en] los recursos, activos y capitales para enfrentarse al riesgo sin pérdidas de capacidades y oportunidades” (Lampis, 2010, p. 237).

La crisis económica durante el 2020 llevó a una caída histórica del 6.8 % del PIB, aumentaron las cifras de desempleo y de informalidad y “el porcentaje de personas clasificadas como pobres respecto al total de la población nacional fue 42.5%, lo que significó un aumento de 6.8 puntos porcentuales (pps) frente a la cifra de 2019 (35.7 %)” (Salazar Sierra, 2021). Según estos datos, al menos “3.6 millones de personas ingresaron a la situación de pobreza monetaria, pues en 2019 la cifra era de 17.4 millones y en 2020 la cifra pasó a 21.02 millones de personas” (Salazar Sierra, 2021).

Ante la situación de la economía y la evidente vulnerabilidad de los adultos mayores es fundamental fijar la óptica legal y humanitaria para reconocer los derechos humanos de estos individuos, en especial, los de libre locomoción y a la vida. De nuevo, cada decisión deberá considerar las directrices interamericanas para la protección de los derechos humanos de las personas con COVID-19.

En cuanto a los objetivos planteados en la investigación, se puede determinar que el manejo de la pandemia por SARS-CoV-2 en relación con los derechos humanos en Colombia se reviste principalmente del esquema constitucional y jurídico existente. En concreto, se busca garantizar la estabilidad social y gubernamental a través del control constitucional y legislativo de las normas y de los proyectos y decretos durante el denominado estado de emergencia económica, social y ecológica. Todas las iniciativas legislativas se han enmarcado, por un lado, dentro de los criterios de legalidad, del juicio de sobrevivencia de los hechos invocados y dentro de un amplio marco de celeridad (efecto positivo postpandemia). Por otro lado, en materia de interpretación y ejecución hay serias disyuntivas por la legitimidad de toda la normativa, ya que existe gran ambigüedad frente al presupuesto valorativo de acuerdo con el hecho de que en el marco nacional se recrean diferentes orbitas institucionales que responden a los ejes socio-culturales de la nación, y por tanto, no responden en el campo de la práctica a lo dictaminado por el gobierno. En el 2020, la pandemia denotó la incapacidad del gobierno

para garantizar el ejercicio de control y poder en gran parte del territorio nacional, lo que mantuvo e incrementó la crisis social existente.

A pesar de esto, se puede indicar que el contexto se ha adecuado a las fijaciones legales del artículo 93 de la Constitución Política colombiana. A partir de este artículo, se soportan los derechos humanos bajo el bloque de constitucionalidad, lo que impide su limitación. Por lo tanto, las medidas que limitaron la libre locomoción y que, a su vez, buscaban velar por el bienestar humano respondían principalmente a medidas proteccionistas que no pretenden romper con la interdependencia de los derechos humanos. Por el contrario, el Estado quería priorizar o garantizar el derecho a la vida en un marco sanitario adecuado que requiere, por normativa sanitaria y de protección social, de un espectro aséptico.

También debe entenderse la relación entre decisiones jurídicas y capacidad de infraestructura médica, pues, bajo una postura individualista, cada paciente debería recibir la mejor atención integral con las mismas oportunidades y sin restricción en el acceso. Además, “desde los principios de bienes y autonomía, el sistema sanitario debe tener suficientes bienes y servicios para atender la demanda creciente” (Echeverry-Raad y Navarro-Vargas, 2021, p. 2) particularly for health systems, which may be forced to ration the resources available to treat patients with this disease. With its ethical implications, this decision forces health care institutions to choose, among patients with similar vital needs, who will receive the scarce available life support resources in the emergency room or intensive care units based on prognostic criteria. \nThis utilitarian approach aims to achieve the greatest benefit for the largest possible number of patients; however, in Colombia, its implementation faces several obstacles, such as the medical ethos, the instruments used to define the prognosis, the prioritization criteria, the legal-constitutional precepts, and the economic nature of the provision of intensive care services in the country.\nThis article aims to reflect on these aspects and propose a model for patient prioritization based on the creation of multidisciplinary teams that make decisions within a transparent, humane, plural, impartial, equitable, and fair methodological framework.\nIn the context of the current pandemic, these multidisciplinary teams should be guided by four ethical-clinical principles: (a. Desafortunadamente, incluso para los principales sistemas económicos, el problema actual es que los bienes, recursos y servicios no son suficientes, lo que eventualmente llevará a un agotamiento de los sistemas de salud a causa, por ejemplo, de los picos de contagio por COVID-19 (Echeverry-Raad y Navarro-Vargas, 2021) particularly for health systems, which may be forced to ration the resources available to treat patients with this disease. With its ethical implications, this decision forces health care institutions to choose, among patients with similar vital needs, who will receive the scarce available life support resources in the emergency room or intensive care units based on prognostic criteria. \nThis utilitarian approach aims to achieve the greatest benefit for the largest possible number of patients; however, in Colombia, its implementation faces several obstacles, such as the medical ethos, the instruments used to define the prognosis, the prioritization criteria, the legal-constitutional precepts, and the economic nature of the provision of intensive care services in the country.\nThis article aims to reflect on these aspects and propose a model for patient prioritization based on the creation of multidisciplinary teams that

make decisions within a transparent, humane, plural, impartial, equitable, and fair methodological framework.\n\nIn the context of the current pandemic, these multidisciplinary teams should be guided by four ethical-clinical principles: (a. Tal como ha sucedido en Italia y España, los pacientes se acumulan en salas y pasillos ante la insuficiencia de recursos o, como sucede frecuentemente, hasta que una cama sea liberada por otros que fallecen o se recuperan.

En Colombia, en los picos más severos de la pandemia cada cama y ventilador disponibles para el servicio eran de incalculable valor para salvar la vida de un paciente. Tristemente, los recursos y el personal debían ser racionalizados y priorizados para beneficiar a más personas (Echeverry-Raad y Navarro-Vargas, 2021) particularly for health systems, which may be forced to ration the resources available to treat patients with this disease. With its ethical implications, this decision forces health care institutions to choose, among patients with similar vital needs, who will receive the scarce available life support resources in the emergency room or intensive care units based on prognostic criteria. \n\nThis utilitarian approach aims to achieve the greatest benefit for the largest possible number of patients; however, in Colombia, its implementation faces several obstacles, such as the medical ethos, the instruments used to define the prognosis, the prioritization criteria, the legal-constitutional precepts, and the economic nature of the provision of intensive care services in the country.\n\nThis article aims to reflect on these aspects and propose a model for patient prioritization based on the creation of multidisciplinary teams that make decisions within a transparent, humane, plural, impartial, equitable, and fair methodological framework.\n\nIn the context of the current pandemic, these multidisciplinary teams should be guided by four ethical-clinical principles: (a. Esta perspectiva, denominada utilitarista, requiere del establecimiento de criterios objetivos de selección, es decir, se trata de considerar el valor instrumental de aquel a quien se le asigna el bien o recurso, ponderando preferencialmente a aquellos que se perjudican más con la enfermedad (Echeverry-Raad y Navarro-Vargas, 2021) particularly for health systems, which may be forced to ration the resources available to treat patients with this disease. With its ethical implications, this decision forces health care institutions to choose, among patients with similar vital needs, who will receive the scarce available life support resources in the emergency room or intensive care units based on prognostic criteria. \n\nThis utilitarian approach aims to achieve the greatest benefit for the largest possible number of patients; however, in Colombia, its implementation faces several obstacles, such as the medical ethos, the instruments used to define the prognosis, the prioritization criteria, the legal-constitutional precepts, and the economic nature of the provision of intensive care services in the country.\n\nThis article aims to reflect on these aspects and propose a model for patient prioritization based on the creation of multidisciplinary teams that make decisions within a transparent, humane, plural, impartial, equitable, and fair methodological framework.\n\nIn the context of the current pandemic, these multidisciplinary teams should be guided by four ethical-clinical principles: (a. De nuevo, este penoso proceso de selección y asignación no debe estar permeado de medidas discriminatorias que atenten contra los derechos de un grupo social, en este caso, debido a su edad.

Por otra parte, la vulneración de los derechos humanos de adultos mayores es un hecho dentro del contexto de la emergencia sanitaria que responde a situaciones anómalas anteriores a la pandemia, la cual solo fue un detonante que agravó la situación. Dado que el virus fue una causa de la vulneración de derechos humanos, permitió comprender que es necesario reformular el accionar y la infraestructura de las instituciones públicas y privadas. Las fallas del sistema y de las instituciones, en estados de excepción, generan situaciones de anomia que marginalizan y atentan directamente contra los derechos.

Por otro lado, el orden normativo ejecutado durante el estado de excepción se ciñe únicamente a la regla jurídica y no va más allá para velar por el interés social, aunque los resultados se proyectarán socialmente en un futuro próximo mediante una crisis, por ejemplo, de salud mental⁵. Una coyuntura de esta naturaleza puede que responda principalmente a la falta de condiciones para asegurar un trato digno y el bienestar económico y social. En consecuencia, las carencias en salud no permitieron afrontar de una manera *diligente* la crisis sanitaria y sacaron a flote las dificultades psicológicas que enfrentan las personas, que se expresan en episodios de depresión y ansiedad.

En conclusión, el Gobierno colombiano debe reconocer y asumir que la atención psicológica es un servicio de atención primaria. Por lo tanto:

La situación actual ha demostrado que no hay salud sin salud mental y que, si se hace una detección temprana y una atención adecuada de los problemas y trastornos mentales, se podría disminuir la carga de la enfermedad y los efectos que a partir de ellos se generan en la salud pública” (Villalobos Galvis, 2020, p. 98).

La pandemia ha revelado los retos que impiden que los pacientes puedan recibir una atención oportuna y frecuente para asegurar su derecho a la salud. Por lo tanto, es indispensable eliminar barreras de acceso a la atención psicológica y promover más servicios y nuevas alternativas que conlleven a este fin. Esto demandará del sistema de salud y de las entidades promotoras de salud (EPS), “el reconocimiento de la psicología como una disciplina y profesión que efectivamente puede aportar al mejoramiento de las condiciones de salud y bienestar de la sociedad colombiana desde la APS [Atención Primaria en Salud]” (Villalobos Galvis, 2020, pp. 98-99).

⁵ “Las medidas de salud públicas para la mitigación y contención de pandemia requieren de un esfuerzo intersectorial (educación, medios de comunicación, salud, sociedad y ciudadanos) dirigidos a modificar actitudes, creencias y comportamientos que permita la adopción de medidas de autocuidado responsable en pro del bien personal y comunitario. De la misma forma, adoptar e incorporar la tecnología como un recurso para el asesoramiento psicológico e intervención en crisis, teléfono e Internet, para los profesionales asistenciales, pacientes, familiares y sociedad en general, como estrategia para mitigar el impacto emocional y facilitar el retorno a la vida habitual en condiciones seguras, una vez se supera el período de crisis” (Caballero-Domínguez y Campo-Arias, 2020, p. 2).

Referencias

- Agudelo Montoya, G.; López Mejía, J. F. (2009). El principio de precaución en el Plan Nacional de Salud Pública de Colombia: ¿Ausencia o gran mal? *Revista Luna Azul*, n. 28, 15-23. <http://www.scielo.org.co/pdf/luaz/n28/n28a02.pdf>
- Álvarez, A., León, D., Medellín, M., Zambrano, A., & Zuleta, H. (2020). *El coronavirus en Colombia: Vulnerabilidad y opciones de política*. Serie de documentos de política pública, 11, 4–.
- Anaya Muñoz, A. (2020). La paradoja de los derechos humanos en la era de COVID-19. *Revista Análisis Plural*, 219-232. <https://hdl.handle.net/11117/6434>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Asamblea Nacional Constituyente. (13 de junio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Bohoslavsky, J. P. (2020). COVID-19: llamamiento urgente para una respuesta a la recesión económica desde los derechos humanos. Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/20200414_IEDebt_urgent_appeal_COVID19_sp.pdf
- Botero-Rodríguez, F., Franco, O., & Carlos (2020). Pandemic's glossary: The ABC of coronavirus concepts. Glosario para una pandemia: el ABC de los conceptos sobre el coronavirus. *Biomedica: Revista del Instituto Nacional de Salud*, 40(Supl. 2), 16–26. <https://doi.org/10.7705/biomedica.5605>
- Caballero-Domínguez, C. C.; Campo-Arias, A. (2020). Problemas de salud mental en la sociedad: un acercamiento desde el impacto del COVID 19 y de la cuarentena. *Duazary*, v. 17, n. 3, 1-3. <https://doi.org/10.21676/2389783X.3467>
- Camargo Rubio, R. D. (2020). Derechos humanos y dimensión social de personas vulnerables durante la pandemia por el nuevo coronavirus SARS-CoV-2. *Acta Colombiana de Cuidado Intensivo*. <https://doi.org/10.1016/j.acci.2020.11.007>
- Centro Nicaragüense de Derechos Humanos. (2012). *Derechos humanos*. https://handbook.usfx.bo/nueva/vicerrectorado/citas/SOCIALES_8/Derecho/24.pdf
- Cifuentes Muñoz, E. (2002). Los estados de excepción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 8(1), 117–146. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100009>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s/f). SACROI COVID-19-Objetivos. Recuperado el 13 de diciembre de 2021, de: https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/sacroi_covid19/default.asp
- Congreso de la República. (1994). Ley 137. Diario Oficial: 41.397. Bogotá: Congreso de la República.
- Congreso de la República. (2012). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437. Diario Oficial: 47.956. Bogotá: Congreso de la República.

- Corte Constitucional (1999). Sentencia T-483. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. 8 de julio de 1999. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2015). Sentencia C-679. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. 28 de octubre de 2015. Bogotá: Corte Constitucional.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2020). *COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>
- Cortés Arbeláez, A. (2020). Pandemia y excepción constitucional en perspectiva comparada: un análisis cuantitativo. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, v. 1, n. 371, 135-149. http://revistaacademiacolombianajurisprudencia.acj.org.co/index.php/revista_acj/article/view/48
- Curcio Borrero, C. L. (2020). Ser persona mayor en tiempos de la pandemia COVID-19. En C. Robledo Marín (ed.), *La vejez. Reflexiones de la postpandemia* (pp. 81–98). Fundacol. https://archivo.cepal.org/pdfs/ebooks/vejez_reflexiones_post_pandemia.pdf
- Dabove, M. I.; D'Angelo, E.; Hernández Bologna, A. C.; Bariffi, F.; Schapiro, H.; Catanzaro Román, M. G.; Neira, D. (2020). Derechos humanos, vulnerabilidad y pandemia. *UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 34, 168-196. <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5873>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [Dane]. (2018). *Resultados Censo Nacional de Población y Vivienda 2018*. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. <https://www.dane.gov.co/files/censo2018/informacion-tecnica/cnpv-2018-presentacion-3ra-entrega.pdf>
- Echeverry-Raad, J.; Navarro-Vargas, J. R. (2021). Problemas ético-clínicos en la atención médica durante la pandemia por COVID-19 en Colombia: una mirada global para un aporte local. *Revista de la Facultad de Medicina*, v. 69, n. 1: e89474. <https://doi.org/10.15446/revfacmed.v69n1.89474>
- Ferriol Molina, G. (2021). América Latina: derecho del trabajo y pospandemia. Comentarios sobre lo acontecido en Cuba. *Revue Européenne du Droit Social*, v. 50, n. 1, 117130. <http://www.revueeuropeenne-du-droitsocial.ro/fr/revue.php>
- Fuentes-Contreras, É. (2020). Excepcionalidad y derecho. Generalidades de la excepcionalidad dentro de los estados de derecho latinoamericana del nuevo constitucionalismo. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, v. 1, n. 371, 107-134. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3649728
- Galeano Marín, M. E.; Zuluaga Callejas, M. I.; Saldarriaga Ruiz, G. J. (2020). Envejecimiento y COVID-19: los debates que impone la pandemia a un mundo envejeciente. En *Polifonía para pensar en pandemia* (pp. 145-166). Universidad de Antioquia. https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/17635/4/UribeAlejandro_2020_PolifoniaPensarPandemia.pdf
- García Gil, M. (2020). Los efectos sociales del COVID-19 en la educación. Necesidad de nuevos planteamientos educativos. En R. Rabazo Ortega; A. Romero Sanz (coord.), *Pensamientos sociales desde la nueva realidad* (pp. 95-115). AnthroPiQa 2.0. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=773392>

- Gutiérrez Cortes, W. A. (2020). Papel del geriatra colombiano ante la pandemia por COVID-19. *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, v. 55, n. 6, 358-359. <https://doi.org/10.1016/j.regg.2020.06.010>
- Huenchuan, S. (2020). *COVID-19: recomendaciones generales para la atención a personas mayores desde una perspectiva de derechos humanos*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe [Cepal]. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/45316>
- Johns Hopkins Coronavirus Resource. (2021). *COVID-19 Dashboard. Global Map*. <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>
- Lampis, A. (2010). ¿Qué ha pasado con la vulnerabilidad social en Colombia? Conectar libertades instrumentales y fundamentales. *Sociedad y Economía*, n. 19, 229-261. <http://hdl.handle.net/10893/599>
- Leire Escajedo, S. E. (2004). Principio de precaución y riesgos ambientales. En C. M. Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, 149 – 218. Comares.
- Liendo, N. A.; González, C. (2021). La gestión política de la pandemia en Colombia. En M.-C. Fuchs; L. Querido (eds.), *COVID-19, Estado de derecho y procesos electorales en Latinoamérica* (pp. 243-263). Fundación Konrad Adenauer Stiftung; Transparencia electoral. <https://www.kas.de/es/web/rspla/einzeltitel/-/content/covid-19-estado-de-derecho-y-procesos-electorales-en-latinoamerica-1>
- Mera, A. Y.; Tabares-Gonzalez, E.; Montoya-González, S.; Muñoz-Rodríguez, D. I.; Vélez, F. M. (2020). Recomendaciones prácticas para evitar el desacondicionamiento físico durante el confinamiento por pandemia asociada a COVID-19. *Universidad y Salud*, v. 22, n. 2, 166-177. <https://doi.org/10.22267/rus.202202.188>
- Módenes, J. A.; Marcos, M.; García, D. M. (2020). COVID-19: ¿la vivienda protege a los mayores en América Latina? Argentina y Colombia comparadas con España. *Centre d'Estudis Perspectives Demogràfics*, n. 20, 1-4. <https://doi.org/10.46710/ced.pd.esp.20>
- Nikken, P. (1997). Sobre el concepto de Derechos Humanos. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos (coord.), *Seminario sobre Derechos Humanos* (pp. 17-38). IIDH. <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1995/seminario-ddhh-habana-1997.pdf>
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2004). *Guías de la OMS para el uso de vacunas y antivíricos en las pandemias de influenza*. Organización Mundial de la Salud. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/70632>
- Pérez Abreu, M. R., Gómez Tejada, J. J., Dieguez Guach, R. A. (2020). Características clínico-epidemiológicas de la COVID-19. *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, v. 19, n. 2, 1-15. <http://www.revhabanera.sld.cu/index.php/rhab/article/view/3254>
- Pimentel Irigoyen, A. (2020, junio 21). *La rebelión de las canas en cuarentena* [Radio]. Bogotá: Desafíos RCN. <http://hdl.handle.net/10554/53692>
- Piovesan, F.; Morales Antoniazzi, M. (2020). Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: Una nueva mirada frente al covid-19. *Anuario de Derechos Humanos*, 35-58. <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/60300>
- Quintero Díaz, D. (2020). *Representaciones de la vejez, en tiempos de pandemia COVID-19 en medios de comunicación de Colombia* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana]. <http://hdl.handle.net/10554/51969>

- Quintero Rojas, K. J. (2020). *¿La rebelión de las canas? El derecho de los adultos mayores a una vejez productiva*. Universidad Militar Nueva Granada. <http://hdl.handle.net/10654/36489>
- Ribot Reyes, V. de la C.; Chang Paredes, N.; González Castillo, A. L. (2020). Efectos de la COVID-19 en la salud mental de la población. *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, v. 19, 1-11. <http://www.revhabanera.sld.cu/index.php/rhab/article/view/3307>
- Salazar Sierra, C. (2021, abril 29). En 2020, 2.78 millones de personas ingresaron a condición de pobreza extrema. *La República*. <https://www.larepublica.co/economia/siga-aqui-la-publicacion-de-las-cifras-del-dane-sobre-la-pobreza-monetaria-en-2020-3161669>
- Trujillo Florián, S.; Laverde Rodríguez, C. A.; Vargas-Chaves, I. (2020). El derecho ante el COVID-19: una visión a partir de la biojurídica. *Inciso*, v. 22, n. 2, 283-295. <https://doi.org/10.18634/INCJ.22V.2I.1089>
- Villalobos Galvis, F. H. (2020). Psicología y salud mental, los retos que nos ha develado el COVID-19. En N. Molina Valencia, *Psicología en contextos de COVID-19, desafíos poscuarentena en Colombia* (pp. 91-102). Ascofapsi. https://ascofapsi.org.co/pdf/Psicologia-contextos-COVID-19_web.pdf

El principio de celeridad en el sistema jurídico colombiano: Un análisis desde los procesos orales de la jurisdicción contencioso-administrativa¹

The principle of speed in the Colombian legal system: An analysis from the oral proceedings of the contentious-administrative jurisdiction

Carlos Andres Sánchez Peña²
Yassith Yaneth Muskus Tobias³

Cómo citar: Sánchez, C. A.; Muskus, Y. Y. (2022). El principio de celeridad en el sistema jurídico colombiano: Un análisis desde los procesos orales de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Nuevo Derecho*; 18(30): 1-15. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1433>

Recibido/02/11/2021 – Aceptado/07/03/2022 – Publicado/30/06/2022

Resumen

Teóricamente la estructura de los procesos consagrados en la Ley 1437 de 2011 está diseñada para que se desarrolle en términos cortos, sin embargo, en la práctica esos términos tienden a incumplirse por diversos factores, por lo que su observancia queda supeditada a la capacidad de los juzgados, generando retrasos y congestionamientos. Es por ello por lo que desde el legislador se plantea como solución a dichos dilaciones la materialización del principio constitucional de celeridad. Ahora bien, en el presente artículo se pretende desde una aproximación dogmática y hermenéutica del principio de celeridad en el ordenamiento jurídico colombiano un análisis crítico de la implementación de dicho principio en los procesos orales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Palabras Claves: Celeridad, Eficacia, Debido Proceso, Economía Procesal, administración Pública.

¹ El presente artículo es resultado del proyecto de investigación titulado: ¿Cómo la oralidad implementada con la ley 1437 de 2011 contribuyó a la celeridad de los procesos presentados ante los jueces administrativos del circuito de la ciudad de Montería?, el cual es un trabajo del grupo de investigación COEDU con Radicado No. 243-01/19-G015-NC financiado por la Universidad Pontificia Bolivariana - Montería

² Abogado. Magister en Derecho Público. Docente de la Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Montería. Correo electrónico: carlos.sanchezp@upb.edu.co <https://orcid.org/0000-0003-3411-4121>

³ Abogada. Magister en Derecho con énfasis en Derecho Público. Docente de la Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Montería. Correo electrónico: yassith.muskust@upb.edu.co <https://orcid.org/0000-0003-1546-0838>



Abstract

Theoretically, the structure of the processes enshrined in Law 1437 of 2011 is designed to be developed in short terms; however, in practice, these terms are to be breached by various factors, so their observance is subject to the capacity of the courts, generating delays and congestion. That is why the legislator proposes a solution to said delays the materialization of the constitutional principle of speed. In this article, from a dogmatic and hermeneutical approach of the principle of momentum in the Colombian legal system, a critical analysis of the implementation of said principle in the oral processes of contentious-administrative jurisdiction is intended.

Keywords: Celerity, Efficiency, Due Process, Procedural Economy, Public Administration.

Introducción

La Constitución Política de 1991 en su artículo 209, instituye como principios constitucionales que regularizan el sistema jurídico, la organización y la articulación de la Administración General del Estado a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, brindándoles la calidad de pilares esenciales de toda actuación administrativa. Entre los mencionados principios es menester destacar el de Celeridad, puesto que este implica una mayor agilidad y eficiencia al momento de ejecutar las actuaciones por parte de las entidades estatales, sean estas instituciones administrativas o judiciales.

Según la Constitución Política de 1991, en especial su artículo 209 y las disposiciones legales que le complementan, las actividades ejercidas por los entes públicos tienen la obligación de salvaguardar, ejercer y garantizar el cumplimiento de los principios en los que se fundamenta el sistema jurídico-político colombiano, entre ellos el principio de celeridad es el que más entra en conflicto en las actuaciones de la administración, debido a que los funcionarios públicos no están cumpliendo con los términos procesales estipulados.

Los procesos de la jurisdicción contencioso-administrativa son el medio de control jurisdiccional externo de la actividad administrativa, instituido para que el aparato judicial conozca y dirima los conflictos de intereses jurídicos que surjan con la Gestión Pública, estos sin embargo se han caracterizado por ser demasiado extensos, lo que a largo plazo ha generado congestión judicial en los entes judiciales, violando incluso garantías procesales, por lo cual tratando de agilizar estos procesos el legislador propendió por incentivar la oralidad como un factor de la celeridad, con el objetivo fundamental de lograr la descongestión, celeridad y eficiencia en los procesos que en la actualidad cursan en los tribunales y juzgados administrativos del territorio.

Entonces, el principio en mención, se constituye como un mecanismo para garantizar los derechos al debido proceso y el acceso a la justicia, por medio del que se da la oportunidad de reconocer los derechos de los que trata la Constitución, atravesando etapas y escenarios predeterminados, para solucionar en un plazo razonable las contiendas

judiciales y/o tramites, en el que el cumplimiento de las etapas y los términos establecidos facilita a los sujetos procesales, demostrar y debatir sus posiciones frente al litigio con la finalidad de sustentar su condición jurídica.

En el presente artículo se expondrá desde un plano conceptual el principio de celeridad según lo que ha manifestado la Corte Constitucional a fin de Analizar como la oralidad implementada con la ley 1437 de 2011 contribuyo a la celeridad de los procesos presentados ante los jueces administrativos, ello por medio de una metodología de tipo investigación socio-jurídica, puesto que permite establecer el concepto, contexto y normatividad aplicable para el sistema oral en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por medio de un enfoque mixto, se determinara si la oralidad ha contribuido en la celeridad de los procesos judiciales y con un método analítico- sintético se busca resolver el problema planteado.

Lo anterior se llevará a cabo por medio de un estudio conceptual del principio de celeridad, en los antecedentes de dichas garantías constitucionales, su razón de ser, alcance y objetivo, dando a relucir un estudio de las sentencias más relevantes que hacen referencia a dicho principio, enfocándonos posteriormente en su materialización a través de la oralidad en los procesos orales de la jurisdicción contencioso administrativa, para finalmente concluir sobre su relevancia y aplicación en los procesos administrativos.

1. Aproximación teórica y jurisprudencial al principio de Celeridad en el sistema jurídico colombiano.

Para disponer de una visión conceptual sobre el principio de celeridad, así como determinar su finalidad y aplicabilidad, es necesario tener en cuenta varios enfoques doctrinales que se han moldeado respecto al mismo, las cuales, pueden ser agrupados en dos conjuntos, según el fin o la magnitud a partir de la cual se aprecia este principio:

i) el principio de celeridad visto como un mandato de optimización orientador de la administración pública, exigible a ésta, y por tanto una garantía constitucional que debería orientar todas las gestiones administrativas a favor del ciudadano; y, ii) una dimensión que considera el principio objeto de estudio como una garantía procesal dispuesta en la normatividad (Quintero Chinchilla, 2015, p.17).

En ese sentido, se presenta a favor de los intervinientes dentro del proceso, como presupuesto de la llamada economía procesal y parte del derecho al debido proceso. En ese orden de ideas, la celeridad es entendida como el principio que “impone a la Administración su impulso de oficio por el titular de la unidad administrativa encargada, la cual es quien debe acoger medidas necesarias para evitar los retrasos y anomalías en los procesos” (Defensoría del Pueblo de España, 2018). Mientras que para Ricardo Ortega Rivero (2010) el principio de celeridad ha sido relacionado a la noción de buena administración, visto entonces como un requisito para la observancia de las funciones de la administración pública. Exponiéndolo de la siguiente manera:

No concibo el principio de celeridad como hasta ahora ha venido funcionando en nuestro Derecho administrativo -prácticamente sin intensidad normativa-. Creo imprescindible en cambio comenzar a considerar este principio uno de los vectores fundamentales del procedimiento (...) Además de su consagración en el Derecho y las políticas de la Unión Europea, creo que el principio de celeridad puede conectarse como mostraré con el estatuto constitucional de la Administración pública. Pues, desde mi punto de vista, la posición servicial de la Administración pública, la eficacia y los derechos de los ciudadanos reclaman una actuación administrativa ágil (Rivero, 2010, p. 983).

El principio de celeridad se ratifica como un mandato de optimización demandable a la administración pública, empero, subrayando el apremio en la observancia de los términos para que se pueda hablar de:

La celeridad como valor o principio de buena administración, es un presupuesto básico del índice de percepción o de valoración a través del patrón temporal que imponen los plazos. Cumplir con los plazos, además de verificar una exigencia legal, es una manifestación de buena administración (Díaz, 2011, p. 319).

Debido a lo anterior, la observancia del principio de celeridad se consagra como una obligación de la administración pública, ineludible para la correcta garantía de los objetivos de esta, por lo cual es pertinente interpretarlo como una protección de los ciudadanos al accionar sus derechos. Ahora bien, Enrique Véscovi (1984) al referirse al respecto del principio de celeridad del proceso, expone que los procesos poseen un término preestablecido para su ejecución y que particularmente este, se encuentra orientado a: “evitar esa pérdida de tiempo, de esfuerzos, de gastos” mediante fórmulas resolutivas encaminadas a (...) la supresión de incidencias y recursos que no tienen otro fin que la dilación del proceso” (Véscovi, 1984, p. 68). De esa forma, se ven figuras tales como, los términos de caducidad o prescripción, sanciones tanto a las partes como a sus apoderados, e incluso a los jueces en caso de esos mencionados términos no sean respetados, procesos especiales para minimizar los trámites y etapas teniendo en cuenta la complejidad del asunto, entre otros.

En ese orden de ideas, se establece una medida para determinar la debida aplicación del principio de celeridad, con actuaciones y fórmulas contempladas en la ley, las cuales funcionan como puntos de referencia para su avance. Aunado a ello, es necesario que tanto los involucrados se apropien del proceso y sean participantes activos durante el mismo, así como que la normatividad esboce fines que se conviertan en elementos para las partes al impulsar el proceso. También es necesario indicar que la ejecución de los controles obedece a la disposición de las partes y la labor activa del juez o de la entidad pública.

En consecuencia, el principio de celeridad es un mandato para la Administración pública, el cual es menester para acreditar el cumplimiento eficaz de los fines estatales, lo que implica la existencia de una serie de garantías para los ciudadanos; Teniendo en cuenta que hablamos de un principio claramente constitucional. “(...) el principio de cele-

ridad impone un desarrollo ágil del procedimiento, reclamando el apoyo de otros principios informadores del procedimiento administrativo, como son el principio de oficialidad o el principio de flexibilidad y antiformalismo” (Nevado-Batalla Moreno, 2010, pág. 548)

Atendiendo a este concepto, podemos observar que este requiere de la presencia de otros principios para garantizar su aplicabilidad, la celeridad no se puede considerar realizada con la premura en las actuaciones o por cumplimiento de términos, si no, que demanda una administración ordenada y en armonía con el sistema jurídico, incluyendo la coherencia con los demás principios.

Por ende, teniendo presente ambas vertientes esbozadas, es correcto determinar que aquella que entiende la celeridad como una garantía procesal, asociada al costo de justicia y al derecho al debido proceso fue más ampliamente estudiada y aceptada; posiblemente por su interacción con el debido proceso el cual, al ser reconocido como un derecho fundamental de los ciudadanos, los cuales se relacionan a su vez con los diversos mecanismos de control y tutela. No obstante, para lograr comprender por completo el principio de celeridad, es menester analizar las diversas posiciones que la Corte Constitucional ha establecido sobre la comprensión y el manejo del mencionado principio en el sistema jurídico colombiano.

Atendiendo a lo anterior, se debe mencionar lo referido por la Corte en cuanto al principio de celeridad en su sentencia C-826 de 2013 establece que:

Este implica para los funcionarios públicos el objetivo de otorgar agilidad al cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones públicas, hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud, y que de esta manera su gestión se preste oportunamente cubriendo las necesidades y solicitudes de los destinatarios y usuarios, esto es, de la comunidad en general. Igualmente ha señalado esta Corporación, que este principio tiene su fundamento en el artículo 2º de la Constitución Política, en el cual se señala que las autoridades de la Nación tienen la obligación de proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los ciudadanos, al igual que asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, lo cual encuentra desarrollo en artículo 209 Superior al declarar que la función administrativa está al servicio de los intereses generales entre los que se destaca el de la celeridad en el cumplimiento de las funciones y obligaciones de la administración pública.” (Corte Constitucional, C 826, 2013).

De acuerdo a lo anteriormente planteado con el principio de celeridad lo que se busca es un cumplimiento dinámico de las funciones de los servidores públicos, por lo que las autoridades administrativas deben tener un control interno para prestar un servicio pronto y oportuno a los usuarios en los términos establecidos por la ley, eliminando la prolongación de los plazos y garantizando la eficacia en la administración de justicia, por medio del cumplimiento ágil de sus obligaciones públicas, para así cumplir con sus deberes en beneficio de la comunidad y con los fines señalados por el Estado.

Por otro lado, la Corte en la sentencia C 479 de 1992 manifestó lo siguiente:

El Estado, en el sentir de la Corte, debe asumir la tarea de adecuar su estructura a las circunstancias que hoy le exigen eficiencia y celeridad en el cumplimiento de las múltiples responsabilidades que le competen.

El artículo 209 dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía y celeridad, entre otros y añade que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado (Corte Constitucional, C 479, 1992).

Para cumplir los fines del estado se debe tener un aparato estatal diseñado dentro de claros criterios de eficiencia para así lograr la celeridad en sus actuaciones, para lo cual resulta necesaria una planta de personal debidamente organizada y capacitada de forma que garantice un excelente rendimiento. Así mismo fue establecido en sentencia C-427/94 sobre el principio de celeridad lo siguiente:

El artículo 209 de la Carta, dispone que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía, celeridad, entre otros, que integran una moral del funcionario y unos patrones objetivos de lo que son las buenas costumbres en la administración (Sentencia C 427 , 1994).

De esta manera es de gran importancia que para que exista una buena diligencia en el funcionamiento de la administración de justicia, además de conseguir una pronta solución de las contiendas judiciales y la economía del tiempo procesal, se necesita de las buenas costumbres en la administración para no faltar a la honra de las personas y poder brindar un servicio óptimo. Ahora bien, la Corte estableció en su sentencia C 280/96 que:

Los trabajadores del sector público ejercen lo que se ha denominado la ‘función pública’, un tipo de actividad personal que está al servicio de los intereses generales toda vez que representa una de las más notables herramientas a través de las cuales el Estado persigue la obtención de los altos cometidos sociales para los cuales fue constituido. Para alcanzarlos, la Ley Fundamental ordena (art. 209 de la C.P.) que la función pública se desarrolle con fundamento en los principios de eficacia, economía, celeridad, entre otros (Corte Constitucional, C 280, 1996).

De lo anteriormente dicho por la Corte podemos concluir que los trabajadores del sector público ejercen una función que está al servicio del interés general y para alcanzar los objetivos del estado la función pública debe cumplir entre muchos principios, también con el principio de celeridad, el cual conlleva que el proceso sea rápido, ágil y formalista sólo en lo imprescindible.

La sentencia T-731 de 1998 por su parte, nos dice que:

El artículo 209 de la Constitución declara que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en varios principios, de los cuales cabe ahora destacar los de igualdad, eficacia y celeridad. Este último comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud, asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios (Corte Constitucional, T 731, 1998).

En este orden de ideas, las entidades y servidores públicos más que darle cumplimiento de celeridad a los procesos por ser un fin constitucional, se debe dar también para cumplir las necesidades de las personas que atienden a la administración de justicia y esperan una gestión oportuna y eficaz en sus procesos, por lo que el sistema debe tener una aproximación óptima a este principio.

Por otra parte, tenemos la sentencia C-1192 de 2000 la cual nos dice:

Se comprende entonces la estrecha y permanente interacción que debe mantener el máximo directivo de un organismo o entidad del nivel central o descentralizado, en los ámbitos nacional y territorial, con el jefe de la oficina asesora de control interno, para que puedan asegurar el cumplimiento cabal de la misión de la institución, así como la efectiva vigencia de los principios constitucionales, en particular, los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, eficacia, imparcialidad, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia (Corte Constitucional, C 1192, 2000).

La Alta Corte, en la mencionada providencia, resaltó la necesidad de realizar controles internos, considerándolos, como elementos gerenciales relevantes para garantizar el efectivo cumplimiento del deber ser de la administración pública, los que materializan los fines estatales de los que trata el Artículo 2 de la Carta Política, lo cual requiere de la atención, salvaguarda y garantía de los principios constitucionales, incluyendo el de celeridad.

También tenemos la sentencia C-996 de 2001 la cual establece sobre el principio de celeridad que:

Para el Ministerio Público los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política (eficacia, moralidad, celeridad e imparcialidad) fueron establecidos por el Constituyente para que la función administrativa se desempeñara al servicio de la comunidad, de ahí, que el control interno previsto en el mencionado artículo no puede ser entendido sino como un control que ha de servir de garantía para que la marcha de la administración pública se produzca de conformidad con esos principios (Corte Constitucional, C 996, 2001).

En ese sentido, la Procuraduría General es un ente de inspección, vigilancia y esencialmente de control administrativo, que tiene la particularidad de ser independiente y autónomo en sus funciones, pero que a su vez no puede excluir los principios constitucionales que gobiernan la labor administrativa, por lo que se han establecido controles para que haya un cumplimiento en cuanto a los principios consagrados en la constitución, entre estos el principio de celeridad.

En la sentencia C-619 de 2001 la Corte Constitucional establece que:

(...) en efecto, no sólo por las deficiencias propias de la Ley 42, sino también por los incontables obstáculos que ha encontrado en la práctica, el proceso de responsabilidad fiscal no presenta un panorama alentador, por cuanto al constar su estructura de dos etapas (investigación y juicio fiscal) tiende a convertirse en un procedimiento dilatado, que le resta celeridad y eficacia; adicionalmente existe una preocupante incertidumbre jurídica en su desarrollo, ya que la Ley 42 no lo regula íntegramente sino que ante los posibles vacíos legales remite sin más a otros ordenamientos análogos, generándose así una verdadera colcha de retazos (...) Pero esta necesidad de establecer un procedimiento autónomo para determinar la responsabilidad fiscal debe ser compatibilizada con necesidad de garantizar plenamente el debido proceso (Corte Constitucional, C 619, 2001).

La estructura de los procesos de responsabilidad fiscal hace que los procesos se prolonguen por más del tiempo requerido, teniendo en cuenta que se pueden remitir los procesos a otros ordenamientos, por lo que se estaría violando lo consagrado en la ley, el principio de celeridad.

Para la Corte en la sentencia C-181 de 2002 se refiere al principio de celeridad desde “la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo” (Corte Constitucional, C 181, 2002), esta relación se vislumbra en el artículo 209 de la Carta Política debido a que se requiere de un sistema que sancione las actuaciones de aquellos servidores públicos que traspasan la esfera del deber ser o son negligentes en sus acciones, dado que sin ese sistema el Estado no podría legitimar que la *Gestión Pública cumpliera los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad* que lo rigen.

Ahora bien, los procesos están determinados para desarrollarse en el tiempo, por medio de actuaciones con un objetivo, el que es determinar una situación jurídica mediante una providencia:

El proceso se encuentra regido, entre otros, por los principios de celeridad y eficacia los cuales buscan que los trámites procesales se desarrollen con sujeción a los precisos términos señalados en la ley procesal y que el proceso concluya dentro del menor término posible y logre su finalidad, a través del pronunciamiento de la correspondiente sentencia (Corte Constitucional, C 181, 2002) (Subrayado fuera de texto).

Las actuaciones procesales están proyectadas en función con el tiempo, que es un elemento fundamental para la observancia de la celeridad y eficacia dentro de las etapas procesales, por lo que la corte establece que cuando hay celeridad en los procesos, hay prontitud en el movimiento o la ejecución de estos mismos.

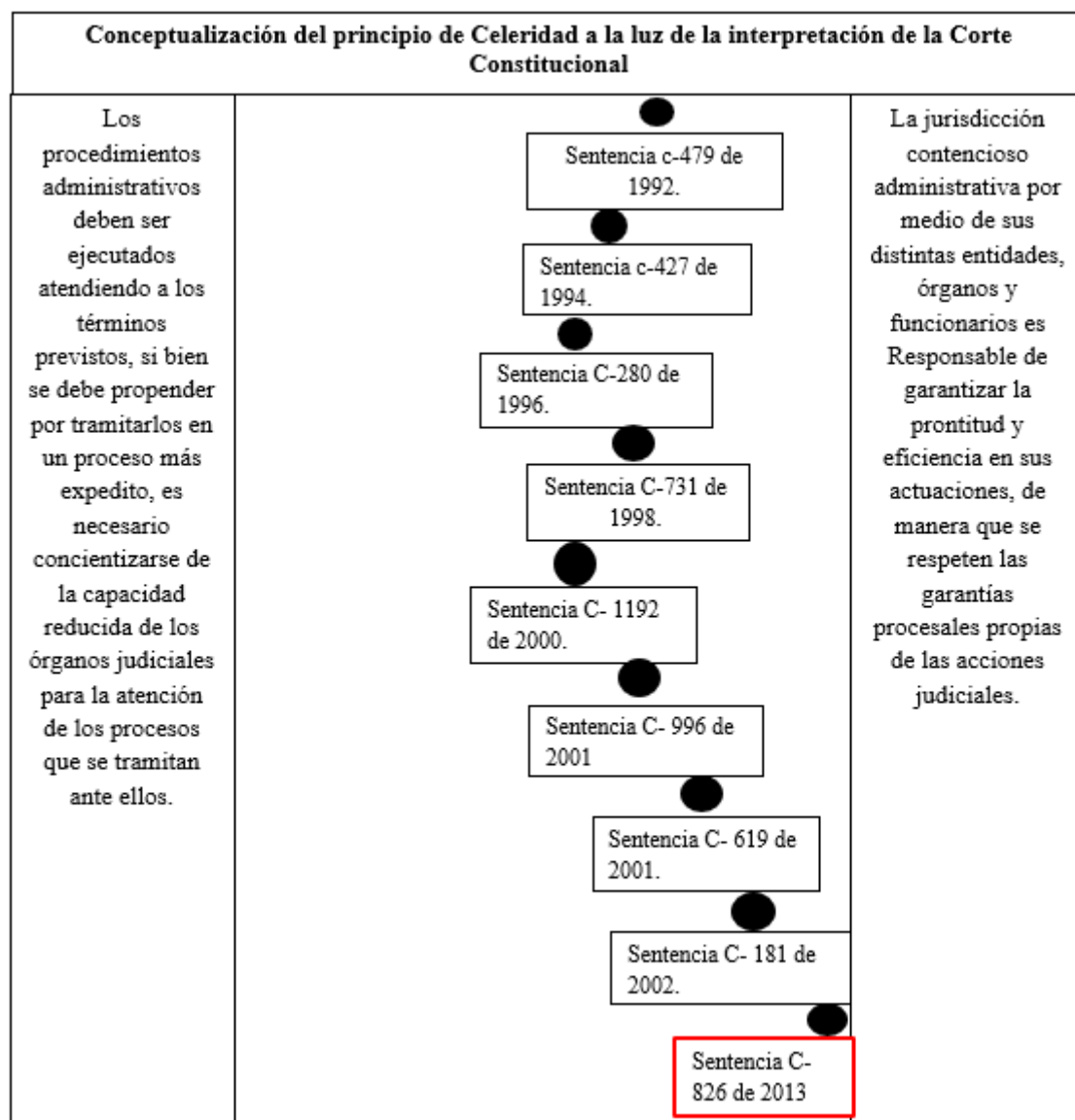


Ilustración 1 Línea jurisprudencial del principio de celeridad en la Corte Constitucional.
Fuente: Elaboración propia.

Como se puede observar en la tabla que ilustra las tendencias de la Corte Constitucional con respecto al tema de la celeridad en los procesos administrativos, estos se encuentran encaminados a la protección de las garantías y derechos procesales de los ciudadanos, los cuales deben ser respetados por los funcionarios administrativos, de tal forma que los procedimientos sean oportunos y eficaces, para así garantizar un funcionamiento adecuado de los entes y órganos estatales.

2. La oralidad en la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La jurisdicción contencioso-administrativa es la encargada de dirimir los asuntos, conflictos y controversias que se presenten con el Estado, puesto que este al ser representado por instituciones y funcionarios, puede ser sujeto de acciones u omisiones que generan perjuicios, daños o afectaciones a los ciudadanos y el legislador siendo consciente de ello, creo un sistema donde se puede recurrir a la administración de justicia para reclamar el resarcimiento de esos perjuicios causados.

Esta se encuentra conformada por el Consejo de Estado que es el tribunal supremo en esta materia y tiene competencia a nivel nacional, también constituyen la jurisdicción los tribunales y los juzgados administrativos, cuyas competencias son de carácter regional. Estas autoridades administran justicia con fundamento en lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, que creó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (En adelante CPACA), el cual dispuso que partir del año 2012 se iniciaría una transformación de la función judicial del régimen administrativo que constituyera la oralidad en los procesos como una forma de hacerlos más ágiles y expeditos.

Ahora bien, para lograr instituir la oralidad en los procesos la ley 1437 de 2011 se estructuró en dos partes, por un lado, la ley hace referencia a aspectos que tienen como finalidad “proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primicia de los intereses generales, sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico” (Congreso de la República, Ley 1437, 2011). Por otro lado, se presenta una segunda parte, cuya finalidad es establecer las pautas para acudir a la jurisdicción a través de un proceso jurídico (Medardo Cortes & Corrales Barona, 2013).

Cabe resaltar que la ley 1437 de 2011 establece un nuevo sistema procesal mixto, puesto que no busca eliminar por completo el sistema escrito, si no que busca equilibrar las actuaciones incluyendo partes tanto escritas como orales. Este sistema, tiene su base en audiencias que se presentaran en los procesos, que no requieran de un régimen específico. En la primera se abarca desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial; En la segunda, desde la terminación de la previa hasta la audiencia de pruebas; y la tercera, desde la precedente, comprendiendo la audiencia de alegatos y juzgamiento y culminando con la sentencia.

La audiencia inicial es una herramienta que el modelo oral da al juez o magistrado para que los procesos lleguen a decisiones vinculantes que traten el asunto y que, de ser necesario, se puedan sanear los procesos, ello para evitar terminar los procesos sin que se dirima la contienda, lo cual es una afectación al derecho de acceso a la administración de justicia (Tribunal Administrativo de Boyacá, 2017). El artículo 180 del CPACA, indica todo lo concerniente a esta audiencia, en este se estipula que “el auto que señale fecha y hora para la audiencia se notificará por estado y no será susceptible de recursos.” (Congreso de la República, Ley 1437, 2011).

Ahora bien, el saneamiento previsto en el numeral 5 del artículo 180 de la ley 1437 (2011), es el momento procesal oportuno para que tanto el juez como las partes e intervinientes presenten en el proceso todas las circunstancias que consideran requieren

sanearse, de manera que el proceso pueda seguir su curso sin inconvenientes. A su vez, el Numeral 6 del mismo artículo advierte con respecto a la decisión de las excepciones previas, las cuales tienen como finalidad el saneamiento del proceso; ello con el objetivo que el proceso alcance una decisión que termine el litigio. Si se necesita practicar pruebas, la audiencia puede ser suspendida hasta por diez días, de manera que puedan ser practicadas. Al restaurar la audiencia el juez decidirá sobre las excepciones. Es decir, que las excepciones previas no buscan precipitar la terminación del proceso, sino sanearlo u orientar el trámite, la terminación se da de manera excepcional. (Tribunal Administrativo de Boyacá, 2017)

Resueltas las excepciones, el juez procederá a inquirir lo concerniente a los hechos, iniciando por aquellos en los que las partes coinciden, y atendiendo a lo concertado, procederá a la etapa denominada fijación de litigio, pues así está consagrado en el número 7 del artículo en mención. Debemos tener en cuenta que en cualquier fase el juez puede proponer que las partes concilien. En esta audiencia es donde el Juzgador deberá pronunciarse sobre las medidas cautelares. Si hay lugar a ello, donde podrá decretar y practicar pruebas solicitadas por los intervinientes.

En la Audiencia de pruebas se practican las pruebas decretadas con anterioridad, aquí lo que se exige del operador judicial es que garantice la inmediación y concentración para que el proceso siga su curso conforme a las disposiciones legales y en conformidad con los principios constitucionales. Esta audiencia será suspendida y reanudada las veces que sean necesarias sin que se exceda de 15 días.

Finalmente la Audiencia de alegaciones y juzgamiento se encuentra en el art 182 de la ley en referencia, la cual dispone que al finalizar la audiencia de pruebas, se señalará fecha y hora para la audiencia de alegatos y juzgamiento, que se realizará en un término de máximo 20 días, en el caso de que el operador judicial lo considere pertinente puede omitir esta audiencia y solicitar a los apoderados de los intervinientes que presenten sus alegatos por escrito en los próximos 10 días, posteriormente se dicta la sentencia, para lo cual el operador judicial tendrá hasta 20 días.

De llevarse a cabo la audiencia mencionada, primero se escucha a la accionante y luego a la parte pasiva, para finalizar con el Ministerio público, quienes tendrán la oportunidad de argumentar al juez su posición en el litigio hasta por 20 minutos, Consecutivamente el juez indicará el sentido del fallo de forma oral. Si no es posible manifestar el sentido del fallo, el operador judicial lo indicará y dejará constancia de la razón y dictará la sentencia dentro de los 30 días siguientes.

Si las partes consideran que van a recurrir la sentencia, se deberá interponer el recurso de apelación lo que da lugar al paso a la segunda instancia; este debe presentarse en el término de ejecutoria de la sentencia, el juez de primera instancia verificara el cumplimiento de los requisitos y de encontrar que estos son llenados, procederá a conceder el recurso y lo enviará a su superior jerárquico a través de un auto que se notificará por estado.

Por lo anterior, se puede evidenciar que hubo una transformación en los procesos de manera que la oralidad es un pilar fundamental, estableciendo un sistema de carácter mixto, basado en el desarrollo de audiencias, de tal manera que se aceleren los procesos, implementando y cumpliendo con los objetivos del principio de celeridad.

3. Impacto del principio de celeridad en los procesos de la jurisdicción Contencioso-administrativa.

Desde la entrada en vigor de la ley 270 de 1996, conocida como Ley estatutaria de administración de justicia, se determinó que:

La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria. Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos (Congreso de la República, Ley 270, 1996).

Este mandato legal genero la implementación de la oralidad dentro de los procesos judiciales con el principal objetivo de que fueran más rápidos y se descongestionara la justicia. Trayendo consigo el Principio de Celeridad que Parte del postulado de que:

“la economía del tiempo procesal está edificada sobre un conjunto de institutos orientados a conseguir una pronta solución de las contiendas judiciales, (lo cual está estrechamente relacionado con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, que es un elemento del debido proceso), impidiendo la inercia de las autoridades judiciales, partes, abogadas y abogados y servidores judiciales” (Morales Rivera , 2019, pág. 38).

Por su parte la Ley 1437 de 2011, se expidió en un momento complejo para el contexto jurídico del país, en el que se presentaba congestión, desconfianza en el sistema judicial por parte de los ciudadanos y en los servidores públicos. Por lo cual, el código se emitió con la finalidad de transformar la percepción ciudadana frente al tema y reivindicar a la justicia del país, haciendo los procesos más ágiles y simples, garantizando el debido proceso y los demás principios constitucionales.

En ese contexto, se consideró fundamental para el cumplimiento de los demás principios como el debido proceso, la eficacia, economía procesal, entre otros, que la “respectiva autoridad pública durante un proceso administrativo debía aplicar los principios según el alcance e interpretación que a través de la jurisprudencia constitucional se les ha otorgado a los mismos” (Quintero, 2015, p. 81), por lo que se incluyó entre la

lista de los principios de la jurisdicción uno que enfatizara la premura y agilidad en las actuaciones procesales por parte de la autoridad judicial, consagrándolo en el numeral 13 del artículo 3 del mencionado código, que dispone:

En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas (Congreso de la República, Ley 1437, 2011).

En ese orden de ideas, la celeridad se presenta como un derecho y como una garantía para los ciudadanos que adelanten procesos ante la jurisdicción, cuyos funcionarios tienen el deber de emplear los mecanismos, herramientas y medios que sean necesarios para que los procedimientos sean ágiles, se cumplan con los términos legales y no se presenten retrasos. Sin embargo, ello se ve afectado por la cantidad de procesos que llegan a diario a los juzgados administrativos que generalmente no poseen la capacidad de diligenciar los procesos que son tramitados en sus despachos.

Por otro lado, cabe resaltar que dentro del ordenamiento jurídico se está incluyendo en el principio de celeridad el principio de oralidad, como se evidencia en citas anteriores, el cual a nivel general se ha estado implementando gradualmente desde el 2004, con la inclusión de este mediante el Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, en la que se empezó a hablar de procesos orales como un mecanismo de descongestión.

En el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa, con la entrada de La ley 1437 de 2011, establece un nuevo sistema procesal mixto, que regirá todos los procesos siendo un pilar fundamental del nuevo sistema la realización de audiencias, ello como materialización de la intención del legislador de agilizar los procesos y brindarles celeridad por medio de la oralidad.

En ese orden de ideas, este principio se materializa como la manera ideal de superar los obstáculos del acceso a la justicia no solo en el adelantamiento del proceso sino de evitar la vulneración de derechos fundamentales y a su vez garantizar una administración de justicia eficaz y oportuna.

Conclusiones

Celeridad se entiende como el cumplimiento ágil y pronto que debe tener la administración pública de sus funciones, para garantizar los derechos del debido proceso y el acceso a la justicia, mediante el cual se posibilita el reconocimiento de un derecho dentro de un proceso ordenado por etapas, por lo que las autoridades administrativas deben tener un control interno para prestar un servicio oportuno a los usuarios en los términos establecidos por la ley, eliminando la prolongación de los plazos, brindando una economía procesal y garantizando la eficacia en la administración de justicia, por medio del cumplimiento ágil de sus obligaciones públicas.

A partir del análisis jurisprudencial de sentencias de la corte constitucional, donde se expusieron varios conceptos de celeridad a lo largo del tiempo, y encontramos como este obtuvo algunas variaciones, como lo es que las autoridades tienen el deber de salvaguardar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, así como sus intereses. A su vez deben avalar el cumplimiento de las funciones tanto de las entidades estatales como de los particulares que las ejercen, preservando los principios constitucionales, incluyendo el de celeridad.

De la anterior investigación realizada se obtuvo como resultado que la mayoría de los procesos que se llevan a cabo dentro de la administración de justicia tienen la prerrogativa de ser violatorios del principio de celeridad, puesto que son los funcionarios públicos los llamados a dar cumplimiento oportuno a los procesos y procedimientos, por lo que no solo debe ser implementado como máxima “actuación a cargo de las autoridades administrativas, sino que como principio constitucional también debe ser acatado por todos los poderes públicos” (Quintero, 2015, p. 271); como consecuencia de la no práctica del anterior principio los mayores afectados son los usuarios a quienes no se les cumple oportunamente sus necesidades, por no llevar a cabo los tiempos establecidos en la ley, es por esto que el Estado adquiere un papel fundamental para llevar a ejecutar el cumplimiento de este principio pues debe asumir la tarea de adecuar su estructura y así poder brindar una economía procesal.

Es importante entonces encontrar alternativas que permitan solventar al problema de la congestión judicial en Colombia para lograr la materialización del principio de celeridad, que exigen y requieren tanto ciudadanos como funcionarios de la rama. Sin embargo, es observable que las opciones adoptadas hasta ahora para atacar este fenómeno han sido insuficientes, dado que aún se observa el retraso en los juzgados y tribunales, por lo cual es necesario empezar a proponer otras vías de descongestión en el sistema actual.

Referencias

- Congreso de la República. (07 de Marzo de 1996). Ley 270. Diario Oficial: 42745. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (18 de Enero de 2011). Ley 1437. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial: 47.956. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (1992). Sentencia C 479. Magistrado(s) Ponente(s): Jose Gregorio Hernandez Galindo Y Alejandro Martinez Caballero. (Corte Constitucional 13 de Agosto de 1992). Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia C 427. Magistrado Ponente: Fabio Moron Diaz (Corte Constitucional 29 de Septiembre de 1994). Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C 280. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Corte Constitucional 25 de Junio de 1996). Bogotá, Colombia.

- Corte Constitucional. (1998). Sentencia T 731. Magistrado Ponente: Jose Gregorio Hernandez Galindo (Corte Constitucional 27 de Noviembre de 1998). Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C 1192. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa (Corte Constitucional 13 de Septiembre de 2000). Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C 619. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra (Corte Constitucional 14 de Junio de 2001). Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C 996. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. (Corte Constitucional 19 de Septiembre de 2001). Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C 181. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. (Corte Constitucional 12 de Marzo de 2002). Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia C 826. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva (Corte Constitucional 13 de Noviembre de 2013). Bogotá, Colombia.
- Defensoría del pueblo de España. (09 de 02 de 2018). *Dilaciones en concesión de licencia acomodar la actuación administrativa a los principios de eficacia, economía y celeridad*. Madrid, España. Recuperado de: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/obligacion-de-acomodar-la-actuacion-administrativa-a-los-principios-de-eficacia-economia-y-celeridad-7/>
- Díaz, M. C. (2011). El empleado público ante el procedimiento administrativo. Madrid, España. La ley.
- Medardo Cortes, P., & Corrales Barona, D. (2013). *La oralidad en el proceso administrativo colombiano*. Bogotá, Colombia. Universidad Militar Nueva Granada.
- Morales Rivero, J.L. (2019) Trabajo de grado: Eficiencia Y Celeridad En El Ejercicio De La Administración De Justicia. Colombia. Politécnico Grancolombiano institución universitaria.
- Moreno, P. T.-B. (2010). *Procedimiento Administrativo Local*. Madrid, España. El consultor de los ayundamientos y juzgados.
- Quintero Chinchilla, L. C. (Junio de 2015). La aplicación de los principios de Celeridad y Debido Proceso en los Procesos de Cobro Coactivo en Colombia. Un análisis desde su naturaleza y la normatividad vigente. 2006-2015. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12512/TRABAJO%20DE%20GRADO%20UR%20-%20MAESTRIA%20DERECHO%20ADMINISTRATIVO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rivero, R. O. (2010). *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley.
- Tribunal Administrativo de Boyacá. (2017). Auto ejecutoriado de segunda instancia. Radicado No. 15001333300520150004401. Magistrado: Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo. Fecha 14 de diciembre de 2016. Tunja: Rama Judicial. Recuperado de: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/12187200/12542584/BO_077_2017.pdf/e076ebab-1964-498a-9be1-8e2650c7a30e
- Véscovi, E. (1984). *Teoría General Del Proceso*. Bogotá: Colombia. Temis

Prima especial para la Fiscalía General de la Nación: su reconocimiento en la Ley 4 de 1992

Premium for the Attorney General's Office: Its Recognition in Ley 4, 1992

*Estefany del Carmen Fierro Carbonell¹
Luz Myriam Alcalá Rodríguez²*

Cómo citar: Fierro, E.; Alcalá, L. M. (2022). Prima especial para la Fiscalía General de la Nación: su reconocimiento en la ley 4 de 1992. *Nuevo Derecho*; 18(30): 1-10. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1440>

Recibido/15/12/2021 – Aceptado/13/06/2022 – Publicado/30/06/2022

Resumen:

Este artículo de investigación pretende analizar la aplicación de los criterios normativos y jurisprudenciales sobre el pago de la prima especial reconocida por la Ley 4 de 1992 para el régimen especial de los fiscales. Para ello, es necesario abordar, en primer lugar, el marco normativo que se aplica al pago de la prima especial, lo que implica un análisis de los fundamentos legales y constitucionales de su origen, su alcance, excepciones, efectos salariales y prestacionales. En segundo lugar, será necesario revisar la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional, así como algunas sentencias de unificación del Consejo de Estado en relación con el pago de la prima especial. De acuerdo con esto, el hallazgo más significativo fue el inminente reconocimiento de la prima especial en los términos que la jurisprudencia ha aclarado, derivando la facultad para la reclamación pertinente.

Palabras clave: Jurisprudencia; prima especial; asignación básica; factor salarial

¹Ingeniera Industrial, especialista en Salud Ocupacional y actual estudiante de X semestre de Derecho, Especialista en Derecho Administrativo Laboral de la IUE, ecfierro@correo.iue.edu.co - <https://orcid.org/0000-0002-8759-204X>

²Abogada, magíster en Derecho Procesal Penal, Especialista en Derecho Administrativo Laboral de la IUE, lmalcala@correo.iue.edu.co - <https://orcid.org/0000-0002-4676-2241>



Abstract

This research work aims to analyze the application of the normative and jurisprudential criteria on the payment of a bonus, recognized by Ley 4, 1992 for the special regime of public prosecutors' officials. To this end, it will be necessary to address the regulatory framework that applies to the payment of the premium, which implies an analysis of its legal and constitutional basis, its scope, exceptions, salary and benefit effects. Secondly, it will be necessary to analyze the jurisprudential evolution of the Constitutional Court, as well as some unification rulings of the Council of State in relation to the payment of the premium. Consequently, the most significant finding has been the impending recognition of the premium in the terms stated in the jurisprudence, deriving the authority for the pertinent claim.

Keywords: Jurisprudence; premium; basic allowance; salary factor.

1. Introducción

En Colombia, el régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación está enmarcado en la Ley 4 de 1992, norma que además establece los criterios para que el Gobierno nacional reglamente dicho régimen. Así entonces, según la Sentencia 00041 de 2019 del Consejo de Estado, el artículo 14 de aquella norma “creó una prima especial sin carácter salarial para magistrados y jueces, entre otros, que oscilaría entre el 30% y el 60 % de la remuneración básica mensual” (Consejo de Estado, 2019) prima que el Gobierno nacional desarrolló a través de decretos que a su vez desarrollarían la ley marco enunciada.

Sin embargo, teniendo en cuenta que han sido necesarias varias aclaraciones de las leyes y decretos que se han expedido para liquidar adecuadamente la prima en estudio, este trabajo pretende responder a la pregunta: ¿Cuál es la aplicación que tienen los criterios normativos y jurisprudenciales respecto al pago de la prima especial para la Fiscalía postulada en la Ley 4 de 1992?

En los decretos anuales de salarios entre 1993 y 2002, el Gobierno estableció la cuantía de la prima especial en un 30 % adicional sobre la remuneración mensual, señalando, al mismo tiempo, que dicho porcentaje debía entenderse como parte sustraída de esa remuneración mensual, con lo cual, dicho emolumento no constituye factor salarial, es decir, no incrementa la proporción ordenada en la Ley 4, sino que, en cambio, los decretos disminuyen la asignación básica en un 30 %, dándole a esta disminución el nombre de prima especial y quitándole la naturaleza salarial. Así lo ha venido pagando la Fiscalía General.

Además, a partir de 1993, el Gobierno Nacional ha venido modificando los decretos salariales de la Fiscalía General, al punto de eliminar o suprimir el artículo que establecía que la prima especial de la Ley 4 de 1992 era equivalente al 30 % de la asignación mensual, y que no tendría efectos salariales. A este respecto, es importante precisar que esta modificación de la estructura de los decretos salariales de la Fiscalía General de la Nación

obedeció a varios pronunciamientos del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de esas normas, como las sentencia del 15 de abril de 2004, asociada al expediente 11001-03-25-000-2001-0043-01 (712-01) y la sentencia del 3 de marzo de 2005 con Radicado 11001-03-25-000-1997-17021-01(17021); quiere decir esto que el Gobierno suprimió o eliminó las disposiciones específicas de la prima especial que disminuía la base salarial, y sus efectos no salariales, en virtud de los pronunciamientos de la judicatura.

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación continuó omitiendo el pago de la prima especial a quienes se vincularon con posterioridad a la Ley 4 de 1992, es decir, los fiscales pertenecientes al régimen de acogidos del Decreto 53 de 1993, a pesar de que el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo había precisado los destinatarios de la excepción de la prima especial, restringiendo la interpretación de excepción únicamente a quienes al momento de expedirse la Ley 4 de 1992 ocuparan cargos de juez de instrucción criminal y que pasaran a la Fiscalía eligiendo permanecer en el régimen salarial existente a la fecha, es decir, el Decreto 2699 de 1991, modificado por el Decreto 900 de 1992, que establecía la escala salarial de la Fiscalía (Presidente de la República, Decreto 900, 1992).

Para analizar la aplicación de los criterios normativos y jurisprudenciales con respecto al pago de la prima especial, reconocida por la Ley 4 de 1992, aplicable al régimen especial de los fiscales, es pertinente identificar el marco normativo que ha ido reglamentando y desarrollando la ley marco referenciada, la validez o nulidad de tales decretos, el impacto frente a las cargas salariales afectadas por este emolumento y los principios que fundamentan su creación legal, así como estudiar la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional y algunas sentencias de unificación del Consejo de Estado frente al pago de la prima especial de la Fiscalía.

Para este trabajo se abordará, en primer lugar, el marco normativo aplicable al pago de la prima especial de la Fiscalía, lo cual implica un análisis de los fundamentos jurídicos y constitucionales del origen de la prima especial, su alcance, excepciones, efectos salariales y prestacionales. En segundo lugar, se revisará la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional y algunas sentencias de unificación del Consejo de Estado frente al pago de la prima especial de la Fiscalía.

2. Marco normativo aplicable al pago de la prima especial de los funcionarios de la Fiscalía

El numeral 19, literal e) del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia faculta al Congreso de la República para “dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para (...) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos...” (Asamblea Nacional Constituyente, artículo 150, 1991)

En este sentido, y como desarrollo normativo de tal función, surge la Ley 4 de 1992, ley marco que establece los “criterios generales que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos,

de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública”, entre otras disposiciones (Congreso de la República, Ley 4, 1992).

Los artículos 14 y 15 de esta ley crean una prima especial, no inferior al 30 % ni superior al 60 % de la asignación básica salarial, sin carácter salarial, para diferentes cargos allí especificados, que incluye a los empleados de la Fiscalía General de la Nación, exceptuando a aquellos que ocuparan cargos de juez de instrucción criminal y pasaran a la Fiscalía General eligiendo permanecer en el régimen salarial existente a la fecha, es decir, el Decreto 2699 de 1991, que establecía la escala salarial de la Fiscalía (Presidente de la República, Decreto 2699, 1991).

En 1993, para reglamentar el pago y reconocimiento de la prima especial aplicable a los diferentes funcionarios listados en la Ley 4 de 1992, el Gobierno nacional expide los decretos 51, 52, 53, entre otros, para establecer los regímenes salariales correspondientes a los beneficiados por este emolumento. Para el régimen salarial de los fiscales, objeto de esta investigación, se fija el Decreto 53 de 1993, advirtiendo que se identifican dos regímenes. Por una parte, el de los funcionarios provenientes del poder judicial antes de la creación de la Fiscalía; y por otra, el de quienes se vincularan a la Fiscalía a partir de la vigencia del Decreto 53, y que no provinieran de ninguna otra parte.

El artículo 6 del Decreto 53 de 1993 contempla que “el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los siguientes servidores públicos se considera como prima especial de servicios sin carácter salarial” (Presidente de la República, Decreto 53, 1993), incluyendo a los fiscales. Este es propiamente el referente normativo que establece y reglamenta la prima especial para los fiscales. Sin embargo, la aplicación de la norma en estos términos implicaba que la asignación básica salarial se reducía en un 30 %, porcentaje que se consideraba como prima especial sin carácter salarial.

En este entendido, la entidad tomaba un 30 % de la asignación básica salarial y lo constituía como no salarial bajo el concepto de prima especial, generando un evidente detrimento de las condiciones laborales y disminuyendo la base de factores salariales y prestacionales, que en adelante se liquidarían sobre el 70 % de lo que antes era su asignación salarial básica.

A partir de este hecho, el Gobierno expediría cada año un decreto para actualizar los ajustes a las tablas salariales y prestacionales, teniendo como base los lineamientos del Decreto 53 de 1993. Como consecuencia de esta interpretación, el pago de la prima especial ha representado un retroceso que afecta de manera directa los ingresos de sus beneficiarios, considerando que hubo mengua de los derechos salariales y prestacionales. En breve, la reducción del 30 % del salario, tomado como prima especial sin carácter salarial, ha tenido repercusiones en la base de liquidación de las prestaciones sociales y de aportes al sistema general de pensiones.

Solo años más tarde, con la Sentencia 17021 de 2005, el Consejo de Estado declararía la nulidad del artículo 6 del mencionado decreto, dado que consideró que el emolumento debía ser percibido de manera adicional a la asignación básica y no como una parte integrante de ella, porque de otra manera se estarían desconociendo garan-

tías laborales mínimas, principios constitucionales y tratados internacionales en materia laboral. (Consejo de Estado, 2005)

No obstante, antes de decretar esta nulidad, hubo diferentes interpretaciones de los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992, en cuanto al carácter salarial del emolumento, la facultad del gobierno para limitar o no dicho carácter salarial y sobre cuáles funcionarios se debía liquidar y sobre cuáles se exceptuaba la prima especial. Acerca de este último punto, la Sentencia C-312 de 1997 de la Corte Constitucional aclaró que “excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993” (Corte Constitucional, Sentencia C-372, 1997).

De este último enunciado se derivó la inaplicabilidad de la prima especial para los empleados de la fiscalía, puesto que estaban regulados por un régimen especial que solo admitía salario integral y no incluía ninguna prima o prestación adicional, de acuerdo con la escala salarial del artículo 54 del Decreto 2699 de 1991 (Presidente de la República, 1991). Es decir, no se estaba reconociendo este beneficio para los fiscales.

En este contexto se expiden las leyes 332 (Congreso de la República, 1996) y posteriormente la ley 476 (Congreso de la República, 1998), mediante las cuales se aclaran el alcance y los beneficiarios de la prima especial, así como la excepción planteada en el artículo 14 de la ley 4 de 1992. A este respecto, la Sentencia C-681 de 2003 manifestó que esta excepción no se refería a “los fiscales que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto”, entre otras cosas, como ha dicho el Consejo de Estado en la (2005), porque no es posible afirmar que el legislador haya previsto esta excepción antes de la publicación del Decreto 53 de 1993, obviamente posterior a la Ley 4 de 1992.

Hechas estas aclaraciones se inició el reconocimiento de la prima especial para los fiscales, pero bajo los lineamientos del decreto 53 de 1993, es decir, tomando la prima especial del 30 % de la asignación básica salarial y configurándose el detrimento salarial que ya se ha detallado en este desarrollo. (Presidente de la República, Decreto 53, 1993). De allí que se presentaran innumerables procesos de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de exigir la reliquidación de prestaciones sociales con el ajuste correspondiente a ese 30 % que había sido desmembrado de la asignación básica salarial. En este contexto, se pronuncia el Consejo de Estado decretando la nulidad del artículo 6 del decreto 53 de 1993 y decretos subsiguientes en el período de 1993 a 2007, a través de la Sentencia de Unificación 2204-2018 de 2019.

Es importante aclarar que los principios y fundamentos constitucionales que el legislador quiso desarrollar con la fijación de una prima especial no buscaban, en ningún momento, la vulneración del derecho a la igualdad, tal como lo sugirieron algunos de los actores que demandaron la norma, sino, por el contrario, una motivación y reconocimiento a quien lo mereciera en virtud de su actividad y responsabilidad. En este sentido, no se puede decir que la prima especial no fuera de aplicación para ninguno de los funcionarios de la fiscalía, sino que se contemplaban unas excepciones por el régimen salarial aplicable. De allí que la Sentencia C-279 de 1996 de la Corte Constitucional expresara que

No se exige igualdad cuando hay razones objetivas, no arbitrarias, para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la República. Ciertamente, las calidades que se exigen a las personas en cuyo favor se crearon las primas a las que se refieren las demandas, y sus responsabilidades, son factores que justifican, de suyo, la creación de tales primas para estos funcionarios; y las mismas razones por las cuales se justifica la creación de primas que no son comunes a toda la administración pública, justifican también que no produzcan los mismos efectos económicos que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos. (Corte Constitucional, C 279, 1996)

De igual manera, la postura del Consejo de Estado frente a la interpretación errónea del artículo 6 del Decreto 53 de 1993 y los decretos anuales subsiguientes que modificaban las tablas y bases salariales, hace evidente la preponderancia que tienen en la Constitución Política de Colombia los principios de equidad (Asamblea Nacional Constituyente, artículo 13, 1991), progresividad del ingreso e interpretación más favorable al trabajador (Asamblea Nacional Constituyente, artículo 53, 1991) y la seguridad jurídica (Asamblea Nacional Constituyente, artículo 2, 1991; artículo 29, 1991), por supuesto, sin desconocer la sostenibilidad fiscal, artículo 334, en cuanto a la viabilidad del reconocimiento de la prima en razón de la disponibilidad presupuestal del Gobierno.

Es posible entonces declarar que el no reconocimiento de la prima especial para los fiscales es una evidente afectación de estos principios. Adicionalmente, según la Sentencia 17021 de Consejo de Estado, en aquellos casos donde se reconoció la prima especial, pero sujeta a liquidarse como el 30 % de la asignación básica salarial, se trasgrede la norma que

[...] estableció el respeto de los derechos adquiridos, por cuanto al haberse imputado el 30 % del sueldo asignado a los funcionarios de la Fiscalía al concepto de prima de servicio sin efectos salariales, se desmejoró no solamente el monto de lo que les corresponde por primas de servicio, vacacional, navidad y las cesantías, sino también la cuantía del salario base de liquidación de pensión de jubilación” (Consejo de Estado, 2005).

En consecuencia, la misma sentencia 17021 de 2005 concluye que “la potestad del Gobierno nacional en materia salarial está limitada por el objeto general de aumentar el salario de los empleados estatales, mas no de disminuirlos”, como lo hizo por medio del decreto 53 de 1993.

3. Evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional frente al pago de la prima especial para los funcionarios de la fiscalía

Es pertinente resaltar que la Sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional ha indicado en varias oportunidades que.

[...] las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente las decisiones de la Corte

Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. (Corte Constitucional, C 634, 2011).

Ahora bien, la Corte Constitucional también ha debatido en varias oportunidades la exequibilidad y la naturaleza “no salarial” de la prima especial creada por la Ley 4. De esta manera, la Sentencia C-279 de 1996 definió que la prima especial se creó como un mecanismo de equilibrio para quienes tenían las mismas responsabilidades, materializando con esto la aplicación del principio de igualdad salarial que quiso desarrollar el legislador con la Ley 4 de 1992, y que la Constitución Política consigna en su artículo 53.

Esta Corte también se ha pronunciado con respecto a la facultad y competencia del Gobierno para expedir regulaciones en materia salarial y prestacional, teniendo en cuenta las facultades que le confiere el Congreso en desarrollo del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución. De la misma manera, la Sentencia C-312 de 1997 se refiere a la responsabilidad del Gobierno en cuanto a la política salarial desde la perspectiva del impacto en la economía y presupuesto nacional, así como respecto de la viabilidad de darle a un emolumento la calidad de salarial o no salarial, a partir de la definición y concepto de salario (Corte Constitucional, C-312, 1997).

En este sentido, la Sentencia C-279 de 1996 ya había concluido en su análisis que:

El considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional (Corte Constitucional, Sentencia C-279, 1996)..

4. Análisis de algunas sentencias de unificación del Consejo de Estado frente al reconocimiento y pago de la prima especial

Pese a los reiterados fallos, coherentes con la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la liquidación adecuada de la correspondiente prima especial diferenciada de la asignación básica salarial no se aplicaba de plano, sino como parte integrante de ella. Esto obligaba a agotar las correspondientes reclamaciones administrativas, generalmente sin respuesta de la entidad demandada, hasta el recurso final por vía de lo contencioso administrativo. Un claro ejemplo de esto se puede ver en la Sentencia 1831-07 del 2 de abril de 2009 del Consejo de Estado:

Por medio de la cual declaró la nulidad del artículo 7° del Decreto 618 de 2007. Con esta decisión, rectificó su jurisprudencia frente al concepto de prima, considerando que cuando se habla de dicha prestación debe entenderse como un fenómeno retributivo de carácter adicional, es decir, que acogió la segunda interpretación, al afirmar que: La noción de «prima» como concepto genérico, emerge a título de reconocimientos económicos adicionales

para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un «plus» en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio (Consejo de Estado, 2009).

Tal inobservancia de los pronunciamientos del Consejo de Estado se refleja en la recepción de numerosos casos concretos referentes a solicitudes de nulidad y restablecimiento del derecho frente al reconocimiento y pago de la prima especial para los fiscales, como los planteados en el expediente 85001233300020140024900 de 2017 del Tribunal Administrativo de Casanare (Tribunal Administrativo de Casanare, 2017) y el caso de 2020 de la Sala de conjueces del Tribunal Administrativo de Boyacá de radicado 15001233300020160035900 (Tribunal Administrativo de Boyacá, 2020).

La Sala Plena del Consejo de Estado, en consonancia con su línea jurisprudencial, profirió la Sentencia de Unificación Jurisprudencial 2204-18 de 2019, en la cual destaca el concepto de “prima”, señalando que “significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral” (Consejo de Estado, 2019).

Hace apenas unos años, el Consejo de Estado ha ilustrado de manera general y completa la problemática estudiada con la Sentencia de Unificación 5472-18 de 2020 del consejero ponente Jorge Iván Rincón Córdoba. En ella, se precisa el concepto de prima especial de servicios como un incremento del salario básico o asignación mensual de los servidores públicos beneficiarios de ella, teniendo derecho a su reconocimiento y pago de las diferencias que resulten a favor. De igual manera se confirma su naturaleza de factor salarial para efectos de pensión de jubilación, mientras que para los demás emolumentos confirma su calidad de “sin carácter salarial”. (Consejo de Estado, 2020)

Al reconocer la validez de la prima especial para los fiscales, a partir de la ley 476 de 1998, esta corporación no deja lugar a interpretaciones equívocas y reconoce en la misma sentencia 5472-18 de 2020 que:

La reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100 % de su salario básico y/o asignación básica, es decir, con la inclusión del 30 % que había sido excluido a título de prima especial, así como la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la reclamación administrativa para contar los 3 años.(Consejo de Estado, 2020).

Conclusiones

En este contexto, podría decirse que es muy acertado el contenido del reciente Decreto 272 de marzo de 2021, publicado durante el desarrollo de este trabajo investigativo,

que establece la prima especial en concordancia con y en desarrollo de la ya mencionada jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, cuyos efectos fiscales rigen desde el 1 de enero de 2021. El artículo 1 del decreto en mención aclara que tal emolumento es mensual y adicional a la asignación básica salarial y afirma, a su vez, que este Gobierno cuenta con la viabilidad presupuestal de la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el respectivo pago (Presidente de la República, Decreto 272, 2021).

También puede decirse que la decisión del Gobierno es congruente con las exigencias de los funcionarios de la fiscalía y de la rama judicial en general, considerando la ardua batalla legal que han tenido que librar para defender sus garantías constitucionales laborales. Por otro lado, hay que reconocer que si prolongación de la aplicación debida de la prima especial puede suponer mayores gastos fiscales, sobrecostos, retroactivos y costas procesales, entre otros, por la desobediencia e inobservancia de los pronunciamientos de los órganos de cierre competentes, también pareciera ser este un momento inoportuno dados el déficit económico y fiscal de la nación.

Es pertinente aclarar que, durante el estudio de la naturaleza normativa de la prima especial, se pudieron observar dos emolumentos que tienden a confundirse, incluso entre los mismos funcionarios beneficiarios, pues si bien se derivan de la misma Ley 4 de 1992, tienen motivaciones diferentes. Tales emolumentos son, por un lado, la prima especial que se pagará mensualmente a los cargos determinados en la ley y, por otro, la bonificación judicial que se reconoce semestralmente con ocasión del buen desempeño de los funcionarios que ejerzan en propiedad unos cargos determinados, ambos sin constituir factor salarial, salvo para efectos de aportes a pensiones y seguridad social. Su origen normativo y la exclusión del carácter salarial podrían justificar tal confusión y no sería absurdo inferir que esta situación pudo disuadir o retardar reclamaciones administrativas por parte de los beneficiados.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. 10 de octubre de 1991. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (1992). Ley 4 de 1992. Diario Oficial: n.º 40451. (18 de mayo 1992). Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (1996). Ley 332 de 1996. Diario Oficial: n.º 42948. (19 de diciembre 1996). Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (1998). Ley 476 de 1998. Diario Oficial: n.º 43382. (9 de septiembre 1998). Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2004). Radicado 11001-03-25-000-2001-0043-01 (712-01). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente. Nicolás Pájaro Peñaranda. 15 de abril de 2004

- Consejo de Estado. (2005). Radicado 11001-03-25-000-1997-17021-01(17021). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. 3 de marzo de 2005. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2009). Radicado 1831-07. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 2 de marzo de 2009. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2019). Radicado Proceso 41001-23-33-000-2016-00041-02 (2204-2018). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia De Unificación - SUJ-016-CE-S2-2019. Consejero Ponente: Carmen Anaya De Castellanos. 2 de septiembre de 2019. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2020). Radicado 15001 23 33 000 2016 00630 01 (4083-2017). Sección Segunda. 11 de junio de 2020. Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-20. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2020). Radicado: 73001-23-33-000-2017-00568-01 (5472-18). Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-023-CE-S2- 2020. Consejero Ponente: Jorge Iván Rincón Córdoba. 15 de diciembre de 2020. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C 279. Magistrado Ponente: Hugo Palacios Mejía. 24 de junio de 1996. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C 312. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes. 25 de junio de 1997. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C 681. Conjuez Ponente: Ligia Galvis Ortiz. 6 de agosto de 2003. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2011). Sentencia C 634. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. 24 de agosto de 2011. Bogotá, Colombia.
- Presidente de la República. (1992). Decreto 900. Diario Oficial: n.º 40461. (2 de junio 1992). Bogotá: Colombia.
- Presidente de la República. (1993). Decreto 53 de 1993. Diario Oficial: n.º 40711. (7 de enero 1993). Bogotá, Colombia.
- Presidente de la República. (2007). Decreto 2699 de 2007. Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación. Diario Oficial 40.190. (30 de noviembre 1991). Bogotá: Colombia.
- Presidente de la República. (2021). Decreto 272 de 2021. (11 de marzo 2021). Ministerio de Justicia y Derecho. Bogotá, Colombia.
- Tribunal Administrativo de Casanare. (2017). Expediente 85001233300020140024900. Sala de Conjueces. Nulidad y restablecimiento del Derecho., C.P. Gladys García Barray. Casanare, Colombia.
- Tribunal Administrativo de Boyacá. (2020). Expediente: 15001233300020160035900. Sala de Conjueces. Nulidad y restablecimiento del Derecho. C.P. Martín Hernández Sánchez. Boyacá, Colombia.

Signos distintivos y derechos de autor en España y México

Distinctive Signs and Copyrights in Spain and Mexico

Pilar Cousido¹
Miryam Alcalá²

Cómo citar: Cousido, P.; Alcalá, M. (2022). Signos distintivos y derechos de autor en España y México. *Nuevo Derecho*; 18(30): 1-14. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1439>

Recibido/15/12/2021 – Aceptado/02/06/2022 – Publicado/30/06/2022

Resumen

Los comunicadores son cada vez más conscientes de la trascendencia del Derecho en su quehacer comunicativo cotidiano, de las instituciones jurídicas y de los bienes intangibles, que son los de más preocupación suscitan en el comunicador y, en particular, en quien comunica desde y en nombre de una corporación, de una firma o de una empresa.

De acuerdo con ello, el objetivo de este artículo es establecer la relevancia de la protección de los activos intangibles (signos distintivos y marcas) en México y España en el mercado globalizado actual. A través del método deductivo y de la investigación documental y jurídica, se aborda la necesidad de conocer las acciones legales de protección, ya que el costo de no hacerlo ha provocado dificultades tanto para el proyecto empresarial en su conjunto como para los propietarios individuales. Se estima la importancia de registrar el intangible denominado “marca” para la posterior explotación de la obra.

Palabras clave: Autor, dominio, marca, propiedad intelectual, signo distintivo.

¹Profesora UCM de Derecho Constitucional/Derecho de la Información. Doctora en Ciencias de la Información (UCM), Licenciada en Derecho (UNED) y Diplomada en Comunidades Europeas (Escuela Diplomática). cousidop@ucm.es - <https://orcid.org/0000-0002-4828-5901>

²Profesora UMSNH. Doctora en Derecho y Maestra en Derecho a la Información. miryam.alcala@umich.mx - <https://orcid.org/0000-0002-2675-9897>



Abstract

This article aims to determine the importance of the protection of intangible assets (distinctive signs and trademarks) in Mexico and Spain in today's globalized market. Through the deductive method and documentary and legal research, the need to know the legal actions for protection is highlighted, since the contrary has entailed costs and difficulties for both the business project as a whole and the individual owners. The importance of registering the intangible called "trademark" for the subsequent commercial exploitation of the work is estimated.

Keywords: Author, brand, domain, intellectual property, signs.

1. Introducción

Este documento trata de manera sucinta sobre la regulación legal de los signos distintivos y la marca en México y España, para mostrar la creciente necesidad de dar un valor a los procesos de propiedad intelectual y derechos de autor. Cuando un productor audiovisual pospone, por ejemplo, el registro del título de una película, confiado en que no habrá problemas y preocupado por resolver asuntos inmediatos como la elección del guionista, los actores y otros elementos creativos, descubre que alguien, con dolo o por casualidad, ya se ha apoderado de la marca que quería utilizar como título de su obra y se encuentra con que, al solicitar la hipoteca cinematográfica, debe entregar al banco los títulos de propiedad industrial e intelectual, que no tiene, se da cuenta de que si hubiera considerado desde el principio la trascendencia del intangible o "marca" para la explotación de su obra, habría evitado pagar un precio elevado o pleitear para obtener la licencia de la marca.

Este no es un caso aislado, sino que sucede con frecuencia en distintos ámbitos, lo que refleja la necesidad de educar a los creadores en materia de propiedad intelectual, signos distintivos y derechos de autor.

2. Los signos distintivos

Aunque tanto la Unión Europea (UE) como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se refieren a las marcas y a los derechos de autor como propiedad intelectual, es tradición legal en España denominar a las marcas *propiedad industrial* y a los derechos de autor, afines y sui generis, *propiedad intelectual*. Por su parte, para comprender el sistema de protección de los signos y las marcas en México es necesario precisar que la propiedad intelectual, en lo que respecta a obras literarias y artísticas, está regulada por el Instituto Nacional de Derechos de Autor (INDAUTOR), que se encarga de clasificar:

(1) Los derechos de autor y derechos conexos, (2) los derechos de obtentor, y (3) los derechos de propiedad industrial.

[...] a través de los derechos de propiedad industrial se protegen dos grandes rubros de creaciones: los Signos Distintivos y las invenciones, siendo competencia de este Instituto.

Los signos distintivos se protegen mediante las marcas, avisos y nombres comerciales y las denominaciones de origen, en tanto las invenciones se protegen mediante las patentes, y los registros de modelos de utilidad, de diseños industriales y esquemas de trazado de circuitos integrados. (Instituto Mexicano de Propiedad Intelectual, [IMPI] 2017, p. 7)

Esta clasificación facilita la comprensión conceptual de las instituciones que se abordan en este documento: en primer lugar, la propiedad industrial contempla los signos distintivos, las marcas, el nombre comercial, los dominios y las patentes; mientras que la propiedad intelectual se refiere a los derechos de autor, derechos afines y derechos *sui generis*.

En este sentido, todas las empresas son generadoras de propiedad intelectual. Sin embargo, aunque cualquier negocio es una fuente potencial de signos distintivos, como la marca o el nombre comercial, esto no significa que todos deban dar lugar a patentes, pese a que muchos de ellos se sirven de patentes de terceros para cuyo uso han tenido que disponer de una licencia.

De acuerdo con los conceptos sobre propiedad industrial e intelectual, es preciso aclarar las diferencias. En términos generales, los signos distintivos nacen por la inscripción o carácter constitutivo de la inscripción; la propiedad intelectual nace por el mero hecho de la creación, sin que la inscripción tenga otro papel que el de aportar fehabencia a la autoría ante un eventual juicio destinado a dirimir la autoría de una obra.

Particularmente, tanto en México, según la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2020a) como en España, la vigencia de derechos sobre la exclusividad de los signos distintivos comprende 10 años, mientras que el dominio de una patente está vigente por 20 años. No obstante, en España hay casos en que la temporalidad para las obras literarias es de 50 años desde su realización y 25 años para las obras audiovisuales.

También en España, el autor puede conservar los derechos sobre la exclusividad de una obra durante toda su vida y hasta 70 años más después de la declaración de su fallecimiento; en México, en cambio, el plazo es más amplio, ya que la Ley Federal del Derecho de Autor contempla 100 años más tras la muerte de su creador (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2020b).

El establecimiento de la duración de los derechos tiene una importancia radical para cualquier negocio, ya que determina por cuanto tiempo se puede beneficiar de licenciar marcas o nombres comerciales. Como complemento, cabe mencionar otras dos cuestiones: a) Las marcas y nombres comerciales pueden renovarse cuando vence el plazo de 10 años para el cual se han registrado; b) Las patentes y la propiedad intelectual económica entran en el dominio público cuando vence el plazo legal de 20 años, mientras los derechos morales del autor son de carácter indefinido, es decir, que no son renovables, a diferencia de lo que ocurre con las marcas.

Desde el punto de vista económico, hay grandes diferencias entre unos y otros intangibles, como resulta evidente en los distintos portales de consulta en España³ y México⁴. Se trata de tres circunstancias que marcan las diferencias: la duración del título, el coste de la obtención del título y el origen del título. Los dominios, por su parte, aparecen en la legislación española de forma relativamente reciente. En la primera década del 2000, el legislador español se ve obligado a aprobar la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico para regular los aspectos jurídicos correspondientes a los Servicios de la Sociedad de la Información (Gobierno de España, 2002). En este sentido, el dominio puede definirse como un signo distintivo electrónico, que, en unos casos, se aproxima a una marca *online*, y en otros, a un nombre comercial. Por lo tanto, el titular de un signo distintivo puede hacer uso de él y solicitar su registro como nombre de dominio. En tal supuesto, los problemas se suscitan cuando el titular de un nombre de dominio carece de derecho sobre el signo distintivo usado en internet.

Se pueden señalar algunos casos que muestran la relevancia de un signo distintivo y las consecuencias cuando falta su regulación consuetudinaria y convencional y, finalmente, su tipificación legal.

El primer caso concierne al expresidente Donald Trump. Sus abogados exigían ante el Arbitration and Mediation Center de la World Intellectual Property Organization (WIPO)⁵ (2007) que un tercero dejara de utilizar el dominio “trumplogos.com”, para evitar que otros se beneficiaran de su reputación a través de la búsqueda en sitios web. Si bien el demandado alegaba no tener un interés particular, las investigaciones revelaron que había un redireccionamiento a sitios de servicios que competían directamente con el negocio de Trump, creando confusión. Por lo tanto, la WIPO concluyó que hubo mala fe, derivada del lucro basado en la reputación de Trump.

En otro caso, el Panel Administrativo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) resolvió una demanda del escritor Mario Vargas Llosa contra el gestor del “Instituto Cultural Mario Vargas Llosa” por el nombre de dominio “vargasllosa.org” (OMPI, 2004). Aquí se destaca el hecho de que, aunque el escritor no había registrado su nombre civil como marca, pedía, con motivo de las alegaciones, que se le reconociera como marca de hecho, reclamando que su sitio “vargasllosa.com” recibía pocas visitas debido a la confusión con el del instituto, que además recibía ingresos por publicidad, *banners* y uso comercial del propio sitio. Esta circunstancia estaría asociada a un uso de “mala fe”, de acuerdo con los estándares de la OMPI, además de que perjudicaba la “imagen” y el “prestigio” (entiéndase, reputación) del escritor. El demandado presentó una carta en la que el señor Vargas Llosa autorizaba el uso de su nombre al instituto, que se ha hecho famoso ya mundialmente por los premios que otorga y las actividades que organiza.

Tras señalar que el nombre de una persona tiene valor como identificador de origen (paternidad de la obra), medio de identificación comercial (hace atractiva la obra firmada

³ <https://www.oepm.es/es/index.html>

⁴ <https://www.indautor.gob.mx/index.php>

⁵ A lo largo del texto se puede encontrar esta fuente como WIPO (World Intellectual Property Organization), cuando no hay traducción al español; o como OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) cuando haya traducción.

por el autor) y elemento de distinción (un nombre puede ser especial y notorio), el Panel concluyó que un nombre puede ser una *marca notoria*, y que, por los antecedentes y las actividades lucrativas del instituto, la OMPI (2004) entendió que había aprovechamiento de imagen, notoriedad, prestigio y fama del escritor, obligando la transferencia de la marca al demandante.

En México se presentó otro caso entre la Administradora de Marcas y Franquicias (AMF), que administra el portafolio de propiedad intelectual de Price Shoes, y Marchex Sales, Inc. —empresa reconocida por registrar y comprar nombres de dominios para luego instalar directorios que generan ingresos *pay-per-click*—, para recuperar el nombre de dominio “priceshoes.com” (Gómez, 2012). Si bien el ejemplo está documentado en la prensa, permite reflexionar sobre los elementos que se han abordado en el documento, ya que en la relatoría del caso se busca evidenciar el daño en el nombre y la buena fe en su uso, lo que derivó en la Decisión D 2012-1572 que resolvió transferir el nombre de dominio a Administradora de Marcas y Franquicias, S.A. de C.V. (WIPO, 2012).

Otro ejemplo, es el de la cantante Isabel Vargas Lizano, cuyo nombre de dominio “chavelavargasofficial.com” pertenece actualmente a la compañía japonesa GMO DigiRock, que incluye “enlaces a por lo menos cinco clínicas dentales en Japón. Sin embargo, el portal que perteneció a la cantante aún está enlazado a su cuenta verificada de Twitter, donde tiene más de 134 000 seguidores” (Coppel, 2017).⁶

Estos casos permiten entender la dimensión que han adquirido los signos distintivos en la sociedad de la comunicación. Y son también ejemplos claros de registros abusivos de nombres de dominio con fines especulativos, o *domain-grabbing*, en los que la persona (física o moral), que no es titular del derecho sobre el signo distintivo, lo registra para bloquear su uso al legítimo titular, o bien, para enajenar o licenciar.

Por ello, además de las acciones legales es posible interponer una acción derivada de las leyes de competencia desleal (si existe una relación de competencia económica entre el titular del derecho signario y el de dominio); si no, en el caso de personas físicas, el titular de derechos puede interponer una acción civil contra daños ilegítimos y dolosos contrarios a las buenas costumbres (García Corona, 2004, pp. 41-44) y, de manera simultánea, emprender procedimientos extrajudiciales establecidos en la “Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio” (OMPI, 1999).

3. Marco regulatorio de la marca en España

En el ámbito doméstico, la Ley de Marcas de 2001 tuvo su justificación principal en las exigencias de la sociedad de la información, es decir, la demanda de agilidad y de eficiencia empresarial, con el mantenimiento indispensable de la “seguridad jurídica”, a lo que se añadirían otras circunstancias, también relevantes, como la necesidad de adecuarse a las prácticas legales del entorno europeo, la conveniencia práctica, en aras de una mayor competitividad, facilitar el acceso a la propiedad industrial o la correcta

⁶ Vargas, C. [@ChavelaVargas] <https://twitter.com/chavelavargas>

cobertura de las exigencias de los usuarios del sistema de registro de la propiedad industrial. La modificación en abril de 2019 se debe, sobre todo, a los cambios tecnológicos radicales que imponen procedimientos y herramientas digitales, así como a la necesidad de encarar controversias hasta hace poco inesperadas, como las comentadas en los ejemplos anteriores, relativos a la ocupación de nombres de dominio o marcas electrónicas.

En la Tabla 1 se pone en perspectiva el marco legal que regula el uso de las marcas en España, empezando por la ley de modificación más reciente.

Tabla 1. Regulación de marcas en España

Ley	Año	Modificación
Ley de Marcas	2001	2019
Tratado sobre derecho de marcas de la OMPI (Organización Mundial De La Propiedad Intelectual, 1994)	1994	
Acuerdo sobre propiedad intelectual en el comercio (Organización Mundial del Comercio, 2015)	2015	
Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2015)	2015	
Arreglo de Niza (Arrangement de Nice, 1957)	1957	2012
Acuerdo de Madrid	1891	

Fuente: elaboración propia.

4. Regulación de la marca en México

México también ha tratado de ajustarse a las exigencias de los últimos tiempos, ya que es indispensable regular el uso de los signos distintivos, dado que:

Un signo distintivo aporta al fabricante o prestador de servicios un incentivo para mantener o mejorar la calidad de los productos o servicios que ofrece, además de que un signo distintivo bien posicionado en el mercado puede duplicar o triplicar el activo de la empresa. (Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, 2017, p. 8)

En la Tabla 2 se ofrece un panorama de los documentos que regulan la actividad en México.

Tabla 2. Leyes vigentes en México

Ley	Año	Función
Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2021).	1991	Tiene la finalidad de velar por los intereses de los consumidores y para evitar la competencia desleal.
Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 1991).	-	Establece costos, plazos de respuesta y criterios.

Fuente: elaboración propia.

De acuerdo con lo anterior, además de identificar la regulación supranacional e internacional de la marca, que se ubica también desde la década de 1990, y donde el Tratado sobre el Derecho de Marcas y Reglamento de la OMPI (OMPI, 1994) estableció las bases para resolver controversias y unificó procedimientos además de flexibilizar el procedimiento y las condiciones de obtención de una marca, en varios países el marco jurídico surge hace más de un siglo con el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, además de tomar en cuenta otros lineamientos como el Arreglo de Niza (1957), el Arreglo de Locarno (1968), Acuerdo de Viena (1973), así como el Arreglo de La Haya (1925).

Entre los elementos que se pueden comparar y resultan similares en México y España es que cualquier persona puede solicitar y obtener los registros de un signo distintivo. En términos geográficos, la marca, que se registra ante las autoridades OMPI en Suiza, puede ser comunitaria, nacional o universal. Un elemento muy importante en toda solicitud de marca es la clase de la nomenclatura internacional para la cual se solicita la marca, pues esta solo quedará protegida en aquellas clases para las que se haya solicitado y obtenido.

En el caso de una empresa dedicada a la comunicación, por ejemplo, las clases que se usan con mayor regularidad para inscribir una marca son la 16 (papel), 35 (publicidad), 38 (telecomunicaciones, sobre todo, si la empresa va a funcionar en internet) y 41 (entrenamiento). El contenido de cada una de estas clases deja prever las explotaciones que podrán realizarse legalmente con la marca obtenida. Su uso permite al propietario acceder a bienes derivados de su explotación, tales como fama, buen nombre o un recurso económico, que va de la mano con su explotación. De acuerdo con ello, es posible reflexionar acerca de la necesidad de su registro, por eso se ubican la leyenda “marca registrada”, de las siglas M. R. o con el símbolo ®. En este sentido, el Instituto Mexicano de Propiedad Intelectual (IMPI, 2017) señala:

El derecho exclusivo a conceder el uso a terceros mediante licencias de uso (con la salvedad del nombre comercial o de las marcas colectivas). (...) El derecho a prohibir el uso sin su consentimiento, y ejercer acciones legales de protección en contra de terceros (Instituto Mexicano de Propiedad Intelectual, 2017, p. 19).

No obstante, es necesario aclarar que no todo signo puede ser inscrito como marca. En el caso de España, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea califica como prohibiciones absolutas las inscripciones que persiguen obtener una marca de un signo que no sea suficientemente distintivo, un signo que tenga carácter genérico (Conclusiones del Abogado General Jacobs, 1997), como se refirió en los primeros apartados del texto en el caso del expresidente Trump.

Ahora bien, se pueden identificar distintas clases de marcas de acuerdo con la legislación internacional vigente (Figura 1) y determinar así los cambios que exigen los tiempos actuales.

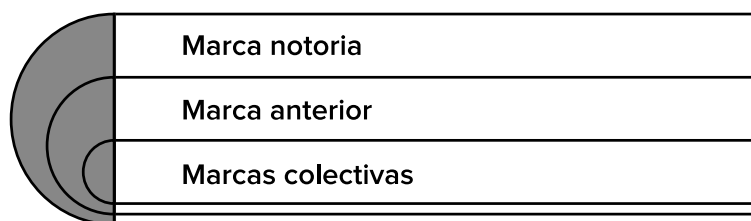


Figura 1. Clases de marcas

Fuente: elaboración propia.

Una modalidad alternativa, en el caso de España, son las marcas-calidad de gestión pública, como, por ejemplo, “Madrid Excelente”. Dichas alternativas se encuentran a medio camino entre la *denominación de origen*, pues hace referencia a la Comunidad Autónoma, y la *marca de garantía*, que presupone un control público de la calidad certificada como estándar.

5. Procedimiento de solicitud de marca

Respecto al procedimiento de solicitud de marca, la instancia habrá de anotarse el día, la hora y el minuto en que se presenta la solicitud a la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). En caso de que no se indiquen estos datos, el legislador dispone que se anoten la última hora y minuto del día. Este dato no es trivial y numerosos casos históricos de espionaje industrial así lo sugieren.

La solicitud de marca pasa por un examen de oficio inicial de forma y de fondo, que consiste en la búsqueda de signos anteriores iguales o semejantes a la marca que se pretende y que, por lo tanto, impedirían que prosperase dicha solicitud.

En caso de que la búsqueda haya sido deficiente y hubiera un signo anterior semejante o igual, la marca podría darse por válida y el procedimiento prosperar, en cuyo caso el legislador exime de responsabilidad a la administración. Este inconveniente, que lógicamente preocupa, tiene una mitigación en sus efectos, porque el legislador ha previsto un segundo examen, consistente en el trámite de oposición de personas. Efectivamente, tras el examen inicial de fondo, realizado de oficio, el signo puede verse afectado por la suspensión, retirada o limitación, modificación o división de la solicitud,

en caso de que el registro entienda que se da alguna semejanza o identidad con signos distintivos previos para las clases de nomenclatura para las cuales se ha solicitado.

Tras la subsanación del defecto de forma o de fondo, identificado de oficio, procede la publicación en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial (BOPI.). Esta publicación permitirá que la pretensión de marca sea universalmente conocida (por medio del sitio web de la OEPM) y que puedan oponerse los abogados, representantes o corporaciones que entiendan que una determinada solicitud de marca lesiona los intereses de la propia marca. A partir de este momento, se pasa a la etapa de las alegaciones, contestación por parte del solicitante y resolución motivada por parte del registrador de la propiedad industrial.

Cuando la solicitud finalmente prospera, se inscribe, se anuncia su registro en el BOPI y se expide el título de registro. Este título es el que confirma que se es efectivamente titular de la marca. Debe tenerse presente esta circunstancia, pues no es infrecuente que en las empresas se crea que por haber ideado un signo distintivo, este deviene marca sin más y se dispone de la exclusividad de su explotación. No es así. Se corre el riesgo, como se ha anticipado, de que un tercero perspicaz se haga formal y legalmente con la marca, dejando a la empresa sin un valor intangible determinante en su negocio.

Contra la decisión adoptada por el registrador de la propiedad industrial se puede actuar administrativamente o se puede solicitar un arbitraje, en caso de que el titular de una marca anterior entienda que hay un riesgo de asociación, confusión, o de que existan signos “notorios” o derechos de imagen que puedan resultar afectados. A estas alturas, está consolidada la disposición, novedosa en su momento, de la Ley de Marcas de 2001, por la que las notificaciones pueden realizarse en un buzón de la OEPM o por correo electrónico. Inicialmente, supuso una medida de apertura a las nuevas tecnologías. Hoy ya es una medida clásica (Gobierno de España, 2001). Debe tenerse en cuenta que el legislador exige, como indispensable, disponer de una dirección postal en España. Este es el papel que realizan los bufetes de abogados de patentes y marcas, entre otros.

En la actualidad los registros de la OEPM y de Bienes Muebles están comunicados telemáticamente, por lo que cualquier operación que se quiera inscribir en uno de estos registros se hará eco de las inscripciones que puedan figurar en el otro.

Como se ha anticipado, la duración de la marca es de 10 años. Es posible renovarla indefinidamente. Para ello, hay que iniciar el trámite 6 meses antes de que expire. Actualmente, no se pagan tasas a los 5 años de la obtención de la marca. Sin embargo, como veremos, el no uso de la marca durante 5 años la deja a disposición de ser solicitada por un tercero.

Por otro lado, el trámite de Registro o Publicación de un Signo Distintivo en México se realiza una vez que Dirección Divisional de Marcas del IMPI (Instituto Mexicano de Propiedad Intelectual, 2017), atendiendo de manera física y virtual, con un tiempo estimado de respuesta cercano a los 4 meses.

En la República Mexicana, como parte de los derechos de propiedad industrial, se contemplan varios procedimientos al considerar que se está transgrediendo la ley. Se trata de un recurso disponible para todo ciudadano en los sitios del gobierno mexicano y que de manera constante han recibido actualización, sobre todo a raíz de la contingencia de salud vivida desde inicios de 2020.

6. La protección de la marca

Según el artículo 41 de la Ley de Marcas de España, el mecanismo de protección de la marca abarca desde las medidas provisionales, que pueden ser solicitadas por quien entiende que su marca está siendo ilegalmente usada o afectada en alguna medida, hasta las acciones penales, civiles o actos de competencia desleal tipificados por la norma. Las medidas provisionales (Gobierno de España, Ley de Marcas, artículo 41, 2001) son un conjunto de medidas cautelares destinadas a detener los eventuales daños en tanto en cuanto no se sustancia el procedimiento judicial en defensa de la marca. Pueden consistir en la retirada del tráfico de los productos, de los envoltorios, de la publicidad o de la etiqueta, y, de manera adicional, se pueden considerar sanciones penales (Gobierno de España, 2001), además de la renuncia a la marca, que es factible solo cuando esta no soporta derechos reales (como puede ser una hipoteca o prenda, por ejemplo); de la nulidad, que supone que la marca no ha existido nunca; de la caducidad, que no tiene carácter retrospectivo, sino que mira al futuro. Asimismo, pueden emprenderse acciones judiciales, de carácter civil, destinadas a obtener el cese de las violaciones y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del uso ilegal de una marca que nos pertenece.

De acuerdo con la Ley Orgánica, el titular de la marca que acude a los tribunales puede solicitar, además de la indemnización, o alternativamente, la destrucción de los productos marcados ilícitamente y la publicación de la sentencia en medios de comunicación, lo cual guarda relación con la forma en que la ley civil protege el honor personal (Gobierno de España, Ley Orgánica 1, 1982). En el caso de las indemnizaciones, el legislador dispone que la indemnización mínima legal supondrá el 1% de la cifra del negocio realizado con los productos en cuestión, y que habrá de mediar advertencia fehaciente del titular de la marca, debiendo cumplirse, además, una de las siguientes circunstancias: que se trate de un caso de negligencia o culpa o que la marca sea notoria.

La indemnización estará destinada a cubrir, por un lado, las pérdidas sufridas por los productos no vendidos, también denominadas *daño emergente*, es decir, el cálculo de cuántos productos se habría vendido de no haber sufrido esa competencia desleal. Y por otro lado, estaría el *lucro cesante*, es decir, las ganancias no obtenidas o beneficios del titular de la marca que se habrían producido en caso de que no hubiera habido violación de la marca y, por tanto, se hubieran concedido un cierto número de licencias. El juez, en este caso, estima no solo los beneficios del titular de no haberse producido la violación del derecho de marca, sino también los beneficios del infractor, para lo cual debe determinarse el importe de la concesión de una licencia de uso de la marca.

Del mismo modo, el juez estimará el perjuicio sufrido por la marca en su prestigio, pues, con frecuencia, las falsificaciones son de ínfima calidad. En este caso, el juez tendrá en cuenta para hacer su estimación tanto la notoriedad o renombre de la marca como el número de licencias en explotación o concedidas y las clases para las que se ha concedido la marca. La Ley de Competencia Desleal (Gobierno de España, 1991) tipifica como actos de competencia desleal diversos comportamientos, algunos de los cuales guardan relación directa con el uso ilegal de la marca de un tercero. Se trata, por ejemplo, de los actos engañosos, entendidos como aquellas conductas que, con información falsa o veraz, induzcan o puedan inducir a error a los destinatarios, afectando a su comportamiento económico, que inciden sobre los derechos de propiedad industrial o la comparación pública, aludiendo al competidor cuando se trate de presentaciones de bienes o servicios que imiten otros protegidos por una marca.

En contraste, la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial de México (2020) contempla como delitos los actos que hagan parecer como productos patentados aquellos que no lo están, o bien, utilizar una marca o nombre comercial similar a otro que ha sido registrado, además de vender o distribuir productos o servicios señalando que están amparados por una marca sin que en realidad lo estén. Esto es importante porque causan confusión y pueden inducir al error o al engaño. La Ley Federal de protección al consumidor también considera delitos las conductas encaminadas a hacer creer que un producto corresponde a un territorio o región distinto al verdadero lugar de origen (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1992). Para la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial es delito reproducir o emular, sin la autorización del titular, un aviso comercial o diseño industrial amparado por un registro, y distribuir productos a los que se aplica una marca registrada que hayan sido alterados, sustituidos o suprimidos parcial o totalmente (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2020a).

La importancia de esta ley radica en la protección que otorga a los titulares, pues impone sanciones que van desde dos hasta diez años de prisión y multas de 1000 hasta 250 000 unidades de medida y actualización (UMA)⁷. En el artículo 402 de la Ley de Propiedad Industrial de 2021 se castiga a quienes vendan en forma dolosa objetos que ostenten falsificaciones de marcas protegidas; a quienes revelen o se apoderen de secretos industriales sin derecho y sin consentimiento del usuario autorizado; a quienes usen información contenida en un secreto industrial, a sabiendas de no contar con el consentimiento y con el propósito de obtener un beneficio económico o causar un perjuicio.

Igualmente, sanciona a quienes produzcan, almacenen, transporten, introduzcan al país, distribuyan o vendan objetos que ostenten falsificaciones de marcas protegidas; a aquellas personas que aporten o prevean materias primas destinadas a la producción de los diferentes objetos que ostenten falsificaciones de marcas protegidas. Independientemente del ejercicio de la acción penal, el perjudicado por cualquiera de estos delitos puede demandar la reparación y el pago de los daños y perjuicios sufridos, siendo competentes los tribunales de la federación mexicana para conocer

⁷ El valor diario de la Unidad de Medida y Actualización es de \$ 96.22 pesos mexicanos y el mensual de \$ 2925.09 pesos mexicanos (Diario Oficial de la Federación, Dirección General Adjunta de Índices de Precios, 10 de febrero de 2022).

las controversias mercantiles, civiles y medidas precautorias (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de Propiedad Industrial, 2021).

Conclusiones

Como se puede observar, la regulación de los signos distintivos y la marca, tanto en México como en España, muestran la necesidad de dar un valor a los procesos de propiedad intelectual y derechos de autor, para evitar que sujetos o empresas se adelanten al registro de obras, ya sea con dolo o por casualidad, y evitar pagar un precio elevado para obtener las licencias de marcas.

Por tanto, es trascendental que desde un inicio el intangible o marca sea registrado con anticipación para estar en posibilidades de hacer una debida explotación de una obra. Los casos presentados permiten entender la dimensión adquirida por los signos distintivos en la sociedad de la comunicación, anticipar acciones legales derivadas de las leyes de competencia desleal, acciones civiles contra daños ilegítimos y dolosos, contrarios a las buenas costumbres y procedimientos extrajudiciales para la solución de controversias.

Resulta fundamental considerar la normatividad en temas de propiedad intelectual durante los procesos de construcción de marcas, en el contexto digital y otros procesos creativos, con la finalidad de integrar los pasos y elementos necesarios y no tomar en consideración los elementos legales una vez que concluyen los proyectos y anticipar las necesidades que contempla la regulación.

Referencias

- Arrangement de Nice. (1957). *Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services auxquels s'appliquent les marques de fabrique ou de commerce*. <https://wipo.int/es/text/287440>
- Conclusiones del Abogado General Jacobs. (1997). Petición de decisión prejudicial- Alemania. En: SABEL BV contra Puma AG, Rudolf Dassler Sport. Directiva 89/104/CEE <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:61995CC0251>
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (1991). *Ley de la Propiedad Industrial*. Diario Oficial de la Federación: 27 de junio 1991 (última reforma 13 de marzo 2018) México: Congreso de la Unión. https://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/7dc3f003-329b-42ba-abb3-b7921ad2eda6/ley_propiedad_industrial.pdf
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (1992). *Ley Federal de Protección al Consumidor*. Diario Oficial de la Federación: 24 de diciembre 2012 (última reforma 09 abril 2012). México: Congreso de la Unión. https://www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/l_lfpc_ultimo_camdip.pdf
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (2020a). *Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial*. Diario Oficial de la Federación: 01 julio 2020. México: Congreso de la Unión. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPI_010720.pdf

- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (2020b). *Ley Federal del Derecho de Autor*. Diario Oficial de la Federación: 01-07-2020. Congreso de la Unión. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_010720.pdf
- Coppel, E. (2017, 11 de abril). Por qué la página oficial de Chavela Vargas ahora anuncia clínicas dentales en japonés. *El País*. https://verne.elpais.com/verne/2017/04/05/mexico/1491343517_395834.html
- Disposición de la Haya. (1925). *Acuerdo de la Haya relativo al Registro Internacional de dibujos y modelos industriales*. <https://wipo.lex.wipo.int/es/text/280732>
- García Corona, I. G. (2004). Derechos de propiedad industrial e internet. Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en la Unión Europea y su importancia en México. *Derecho Comparado de la Información*, (4), 29-48. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/decoin/article/view/33064/30028>
- Gobierno de España. (1982). *Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia. Ley Orgánica 1/1982*. BOE-A-1982-11196. Madrid: Jefatura de Estado. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1982/05/05/1/con>
- Gobierno de España. (1991). *Ley de Competencia Desleal. Ley 3/1991*. BOE-A-1991-628. BOE-A-1991-628. Madrid: Jefatura de Estado. <https://www.boe.es/eli/es/l/1991/01/10/3/con>
- Gobierno de España. (2001). *Ley de marcas. Ley 17/2001*. BOE-A-2001-23093. Madrid: Jefatura de Estado. <https://www.boe.es/eli/es/l/2001/12/07/17>
- Gobierno de España. (2002). *Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Ley 34 de 2002*. BOE-A-2002-13758. Madrid: Jefatura de Estado. <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/07/11/34/con>
- Gómez, J. (2012, 20 de noviembre). Con el 95% de probabilidades en su contra, Price Shoes recupera nombre de dominio. *Merca 2.0*. <https://www.merca20.com/con-el-95-de-probabilidades-en-su-contra-price-shoes-recupera-nombre-de-dominio/>
- Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. (2017). *Guía del usuario para el Registro de Marcas, Avisos y Publicación de Nombres Comerciales*. https://www.cibnor.gob.mx/images/stories/covisti/ott_cepat/GDU_Marcas.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1957). *Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services auxquels s'appliquent des marques de fabrique ou de commerce*. <https://wipo.lex.wipo.int/es/text/287440>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1994). Tratado sobre el Derecho de Marcas y Reglamento. 27 de octubre de 1994. Ginebra. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_225.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI]. (1999). *Reglamento de la Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio*. <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/es/docs/icannrules.pdf>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2004). Caso número D2004-0956. Jorge Mario Pedro Vargas Llosa v. Instituto Cultural “Mario Vargas Llosa”. Decisión del Panel Administrativo. <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2004/d2004-0956.html>

Organización Mundial del Comercio. (2015). *Anexo 1C. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/t_agm0_s.htm

Parlamento Europeo; Consejo de la Unión Europea. (2015). Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Diario Oficial: Documento 32015L2436. <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/2436/oj>

World Intellectual Property Organization. (2007). Case number D2007-1226. Donald J. Trump v. Sandra Long Consulting. Administrative Panel Decision. <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2007/d2007-1226.html>

World Intellectual Property Organization. (2012). Caso D 2012-15712. Administradora de Marcas y Franquicias, S. A. de C. V. v. Marchex Sales, Inc./Bendhan Hight. Administrative Panel Decision. <https://www.wipo.int/amc/es/domains/search/text.jsp?case=D2012-1572>

Ação Popular Climática no Brasil: a ponte entre o ativismo infantil, adolescente e juvenil e a busca de respostas à emergência climática

Acción Popular Climática en Brasil: el puente entre el activismo infantil, adolescente y juvenil y la búsqueda de respuestas a la emergencia climática

Marcelo Bruno Bedoni de Sousa¹

Cómo citar: Bedoni de Sousa, M. B. (2022). Ação Popular Climática no Brasil: a ponte entre o ativismo infantil, adolescente e juvenil e a busca de respostas à emergência climática. *Nuevo Derecho*; 18(30): 1-23. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1438>

Recibido/08/12/2021 – Aceptado/18/04/2022 – Publicado/30/06/2022

Resumo

Este artigo visa analisar a Ação Popular como instrumento de ativismo climático para crianças, adolescentes e jovens brasileiros. A pesquisa se baseia no crescente envolvimento de crianças, adolescentes e jovens na busca de novas formas de influenciar a construção de políticas climáticas. Como resultado, o artigo apresenta a Ação Popular como uma ponte entre o ativismo climático e a busca de respostas concretas para a emergência climática. A pesquisa fundamentou-se na literatura nacional e internacional, e na legislação brasileira.

Palavras-chave: litigância climática, justiça climática, cidadania, política pública, processo coletivo.

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Bacharel em Direito na Universidade Federal de Roraima (UFRR). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: marcelobedoni12@gmail.com - <https://orcid.org/0000-0002-0180-8381>.



Resumen

Este artículo pretende analizar la Acción Popular como un instrumento de activismo climático para los niños, adolescentes y jóvenes brasileños. El estudio se sustenta en la creciente participación entre niños, adolescentes y jóvenes en el activismo climático y en la busca de nuevas maneras de incidir en la construcción de políticas climáticas. Como resultado, el artículo presenta la Acción Popular como un puente entre el activismo climático y la búsqueda de respuestas a la emergencia climática. La investigación se desarrolló con base en literatura nacional e internacional, y en la legislación brasileña.

Palabras clave: litigio climático, justicia climática, ciudadanía, política pública, proceso colectivo.

1. Introdução

Em 1992, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como Conferência do Rio de Janeiro, a ativista canadense Severn Cullis-Suzuki, de 12 anos, parou o mundo com um discurso em defesa do meio ambiente a partir do olhar das crianças, adolescentes e jovens, chegando ao ponto de exigir: “Vocês, adultos, dizem que nos amam. Mas eu desafio vocês, por favor, façam suas ações refletirem suas palavras” (Bernhardt, 2015). Em 2019, na Cúpula do Clima, a ativista sueca Greta Thunberg, de 16 anos, também parou o mundo com um discurso semelhante, afirmando: “Vocês estão falhando conosco. Mas os jovens já começaram a entender sua traição. Os olhos de uma geração inteira estão sobre vocês. E se vocês escolherem fracassar, eu lhes digo: nós jamais perdoaremos vocês” (Thunberg, 2019).

Ambos os discursos, separados por quase trinta anos, vão na mesma direção: a cobrança de crianças, adolescentes e jovens na ausência de ações políticas efetivas para a proteção do meio ambiente e a estabilidade climática. O plano de fundo das falas refere-se à crise ambiental e climática, que neste trabalho será tratada como a emergência climática. O futuro a ser evitado, então, está repleto de desastres climáticos, mudanças nos ciclos de chuvas, ameaça à segurança alimentar, agravamento das desigualdades existentes, a ameaça de extinção de animais e florestas, como a própria Floresta Amazônica.

Este artigo parte do inconformismo de que as vozes das crianças, adolescentes e jovens não estão sendo ouvidas nos centros de tomada de decisão política. No Estado brasileiro, crianças, adolescentes e jovens ativistas reclamam constantemente que vereadores, prefeitos, deputados, governadores e o presidente não escutam seus clamores. Já no âmbito internacional, também há queixas frequentes de que presidentes, primeiros ministros e príncipes não escutam a voz da juventude.

Nesse cenário de constantes reclamações sem respostas, este trabalho muda os destinatários das perguntas. Assim, em vez de questionar os membros dos poderes executivo e legislativo, por que não interrogar o poder judiciário? Em outros termos, que

respostas pode um juiz, um desembargador, um ministro, dar às crianças, adolescentes e jovens sobre seu futuro? Essas perguntas encontram algumas de suas respostas na litigância climática. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, as perguntas de crianças, adolescentes e jovens podem ser dirigidas ao juiz, em primeira instância, através do instrumento do processo coletivo denominado Ação Popular e, em grau de recurso, aos desembargadores e ministros.

Então, o artigo apresenta o seguinte problema: a Ação Popular pode ser uma ferramenta de ativismo climático para as crianças, adolescentes e jovens brasileiros? A hipótese é que a Ação Popular tem o potencial de ser uma ferramenta para o ativismo climático. Contudo, a Ação Popular só se constituirá em instrumento se for interpretada à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o que pressupõe a formulação de técnicas processuais adequadas para a tutela de cada direito.

Nesse sentido, o artigo está dividido em quatro seções, a primeira das quais visa demonstrar que crianças, adolescentes e jovens são vulneráveis aos efeitos da mudança climática e que serão um dos grupos mais afetados. A segunda apresenta o ativismo climático de crianças, adolescentes e jovens no Brasil com base nos movimentos existentes, as ações desenvolvidas e as dificuldades em influenciar a construção de políticas públicas. A terceira aborda as possibilidades do poder judiciário brasileiro no contexto da litigância climática. A quarta e última seção apresenta a interpretação adequada que deve ser dada para que a Ação Popular se torne uma ferramenta para o ativismo climático de crianças, adolescentes e jovens brasileiros. Assim, o artigo constrói, a partir de cada seção, a ponte (a Ação Popular) que liga as demandas de crianças, adolescentes e jovens ativistas e a busca de respostas efetivas no combate contra a emergência climática no Brasil.

2. Emergência climática: crianças, adolescentes e jovens como as principais vítimas

Emergência climática é o atual grito de crianças, adolescentes e jovens ao redor do mundo, ancorado no alerta da comunidade científica (Ripple et al., 2021). Devido às emissões de gases de efeito estufa resultantes de atividades antrópicas, a Terra está passando por numerosas transformações. A expressão “emergência climática” traduz com precisão o cenário atual, considerando que o tempo para agir sobre a mudança climática está se esgotando. Porém, para evitar o erro de tratar a emergência climática de forma homogênea, esta seção apresentará uma das principais vítimas desse processo: as crianças, adolescentes e jovens, que também variam uns dos outros, com agravantes motivados por questões econômicas, raciais e de gênero.

No final do século XXI, a temperatura global da Terra poderá aumentar de 2 a 6°C, uma variação estritamente relacionada com os níveis de redução de gases de efeito estufa efetivamente alcançados (Intergovernmental Panel on Climate Change [IPCC], 2015). Essas temperaturas representam apenas a influência na temperatura global, portanto, algumas regiões da Terra sofrerão um aumento além dessa média (IPCC, 2015).

Na Amazônia, por exemplo, se nada for feito até o final do século, a região poderá experimentar um aumento de 8°C (IPCC, 2015). Esses números representam uma verdadeira emergência climática, já que um aumento de 1,5°C na temperatura global da Terra será suficiente para causar instabilidade climática (IPCC, 2018).

Não há dúvida de que a política já internalizou esses alertas da comunidade científica. A demonstração mais clara desse processo é a adoção do Acordo de Paris em 2015, na COP-21 (Convenção das Partes de nº 21), que apresenta a meta de alcançar até o final do século XXI um aumento da temperatura global da Terra bem abaixo de 2 °C e, de forma preferencial, 1,5°C (Presidência da República, Decreto n. 9.073, 2017). Assim, tanto no âmbito internacional quanto nacional, o objetivo central é evitar o colapso do sistema climático. Porém, apesar desse importante sinal político, a própria ciência afirma que o aumento de 1,5°C poderá ser alcançado já em 2030, e não em 2100, como a meta mais ambiciosa do Acordo de Paris prevê (IPCC, 2021).

A emergência climática está, então, se tornando cada vez mais crítica, pois o tempo para ações efetivas está se esgotando. Nessa esteira, é preciso escancarar o que muitas vezes é esquecido no balcão das negociações, a saber, o futuro dramático que aguarda as crianças, adolescentes e jovens. Em 2100, seja a ação política efetiva ou não, serão as crianças, adolescentes e jovens de hoje que enfrentarão as consequências de um sistema climático em controle ou em colapso, sem esquecer, nesta dramática equação, as crianças por nascer, ou seja, as gerações futuras. Os futuros filhos e netos vão ter que conviver com o legado desta geração.

Neste diálogo entre as gerações presentes e futuras, a justiça intergeracional, ou justiça entre gerações, é um tema recorrente na literatura. Essa justiça defende que a geração atual tem a responsabilidade de legar condições ambientais (e climáticas) idênticas ou melhores do que as recebidas pelas gerações passadas (Sarlet e Fensterseifer, 2020). No ordenamento jurídico brasileiro, a justiça intergeracional encontra uma previsão constitucional, já que o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é destinado as gerações presentes e futuras (Assembleia Nacional Constituinte, 1988). O texto constitucional, então, adota uma valorização ambiental a partir de fundamentos éticos explícitos e implícitos, que configura uma verdadeira combinação de argumentos antropocêntricos mitigados (Benjamin, 2012).

A justiça intergeracional deve ser um dos princípios orientadores das negociações climáticas internacionais e da elaboração de políticas climáticas nacionais. Todavia, a situação das crianças, adolescentes e jovens diante da emergência climática não se limita ao debate sobre a justiça intergeracional. Crianças, adolescentes e jovens são altamente vulneráveis aos impactos da mudança climática e, ao mesmo tempo, podem ser atores importantes no enfrentamento contra a crise climática. Isto significa considerar não apenas o futuro, que muitas vezes é genérico nas discussões, mas também o presente, a partir da consideração de que crianças, adolescentes e jovens são um grupo vulnerável e que eles podem contribuir para a formulação de políticas climáticas.

A integração de crianças, adolescentes e jovens no contexto político da emergência climática não deve ser algo para o amanhã, mas para o agora. Entre as vulnerabilidades

deste grupo, uma das mais sérias encontra-se no campo da saúde. Os impactos da mudança climática influenciam diretamente sua saúde. Por exemplo, a poluição do ar pode causar diminuição na função pulmonar, câncer de pulmão, asma, defeitos congênitos, outras doenças respiratórias e até a morte; as ondas de calor podem acarretar doença renal, doença respiratória, febre e possíveis defeitos congênitos; a exposição a tóxicos pode gerar desordem reprodutiva, disfunção imunológica, disfunção do sistema neural e até câncer; escassez de alimentos pode provocar desnutrição e mortalidade, e assim por diante (Xu et al., 2012).

A emergência climática, porém, impacta não apenas a saúde física de crianças, adolescentes e jovens, mas também sua saúde mental. Os impactos podem ser ansiedade, depressão, fobia, pânico, distúrbios de sono, tristeza e sensação de impotência (Sanson & Bellemo, 2021). Para jovens indígenas, por exemplo, o impacto da mudança climática, especialmente se provocar a desconexão da terra, pode levar a depressão, desespero e até mesmo suicídio (Jones, 2020). Um exemplo claro de como a emergência climática impacta a vida da juventude pode ser visto em uma pesquisa de 2019 com mais de 15.000 australianos de 14 e 23 anos, na qual um em cada cinco relatou não querer ter filhos, ou ter menos, por conta de suas preocupações com a mudança climática (ReachOut, 2019).

Além dessa vulnerabilidade de saúde física e mental, crianças, adolescentes e jovens podem enfrentar vulnerabilidades sociais, econômicas, raciais e também de gênero (Thomas et al, 2019). Nessa seara, deve-se observar que as populações dos países do Sul Global serão mais impactadas do que as do Norte Global (Tol et al., 2004). Além disso, não se pode esquecer que a crise climática é também uma crise racial (Sealey-Huggins, 2018). Por fim, cumpre destacar que a emergência climática não é simplesmente neutra em termos de gênero (MacGregor, 2010). Crianças, adolescentes e jovens estão em uma encruzilhada, pois a emergência climática pode afetá-los de diferentes maneiras, portanto, não é difícil compreender que o futuro é algo incerto e ameaçado.

3. O despertar do ativismo climático de crianças, adolescentes e jovens no Brasil

No cenário da emergência climática, o ativismo climático surge como uma tentativa de frear a crise ecológica que se avizinha. Observa-se que algumas pessoas são tocadas pela situação da emergência climática e, a partir dessa preocupação, começam a agir, de alguma forma, para combater a crise. Nesse contexto, crianças, adolescentes e jovens assumem um papel de liderança, com base em um certo temor do futuro. Assim, é essencial compreender como este despertar do ativismo climático, especialmente no Brasil, pode influenciar o processo de formulação de políticas climáticas.

O ativismo climático deu uma grande guinada desde o surgimento da jovem ativista climática sueca Greta Thunberg no que ficou conhecido como o “efeito Greta” (Laville, 2019, Watts, 2019, Walker, 2020). O “efeito Greta” teve um impacto direto sobre o

ativismo climático de crianças, adolescentes e jovens, principalmente porque a Greta se colocou como um modelo e porta-voz.

Porém, como parece óbvio, a realidade da Greta Thunberg, que vive em um país do Norte Global, com um alto índice de desenvolvimento humano, é completamente distinta da situação de crianças, adolescentes e jovens que residem no Norte do Brasil, em plena Floresta Amazônica, para citar um exemplo. As diferenças entre o Norte Global e o Sul Global são acentuadas e também se refletem no ativismo climático de crianças, adolescentes e jovens, mas mesmo com esta gritante desigualdade, o “efeito Greta” tem sido capaz de se articular globalmente.

No ativismo climático de crianças, adolescentes e jovens, pode-se afirmar que o principal resultado do “efeito Greta” foi a criação do FFF, Fridays For Future, em 2018, que é uma organização, sem uma estrutura jurídica formal, de ativistas climáticos. O FFF encontra-se presente em todos os continentes, em cerca de 7.500 cidades e com 14 milhões de ativistas (Fridays For Future, 2021). A principal atividade do FFF é a “Greve Mundial pelo Clima”, na qual os ativistas selecionam datas, de preferência às sextas-feiras, para protestar pelo clima em eventos coordenados no mundo todo. A “Greve Mundial pelo Clima” não se organiza nos mesmos moldes das greves sindicais, pois é mais parecida com os protestos, cujos objetivos vão desde a publicização das questões climáticas, pressão política e até conscientização da população local. Só para ilustrar, uma Greve Mundial pelo Clima, realizada em 2019 por ocasião da Cúpula do Clima em Nova York, aconteceu simultaneamente em 185 países e mobilizou mais de 7,6 milhões de ativistas (Torres et al., 2020).

O FFF desembarcou no Brasil no ano de 2019, onde recebeu um batismo em português, razão pela qual alguns núcleos se denominam “Greve Pelo Clima”. Para apresentar um panorama geral do FFF Brasil, Torres et al. (2020) destacam que durante essa mesma Greve Mundial pelo Clima de 2019, dos 7,6 milhões de pessoas, apenas 20.000 eram ativistas brasileiros, que se reuniram principalmente em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. Em termos proporcionais, 20.000 indica apenas 0,01% da população brasileira. Outro dado importante é que a maioria dos ativistas presentes a esta manifestação eram de classe média, brancos e jovens. Os números mostram, de forma um tanto pessimista, que o ativismo climático ainda tem um longo caminho a percorrer no Brasil. Por outro lado, de um olhar mais positivo, esses números podem indicar apenas que o FFF está no início do seu trabalho no país.

Embora o FFF e a “Greve Mundial pelo Clima” sejam bons termômetros para medir o ativismo climático no Brasil (Torres et al., 2020), a verdade é que não só este movimento existe, há grupos de ativismo anteriores ao denominado “efeito Greta”. Por exemplo, o Engajamundo, criado em 2012, que conta com cerca de 2.300 ativistas, é uma organização liderada integralmente por ativistas brasileiros que defendem uma série de questões relevantes para a juventude, incluindo o combate contra à crise climática (Engajamundo, 2021). Outros movimentos que também possuem uma base internacional, como o FFF, são os Plant-for-the-Planet e Youth Climate Leaders (YCL), ambos introduzidos no Brasil em 2017, com o objetivo de mobilizar os jovens nos temas da mudança climática (Plant-for-the-Planet, 2021, Youth Climate Leaders, 2021).

Além disso, vale mencionar que existem grupos que praticam o ativismo, mas não se consideram necessariamente ativistas climáticos, ou não fazem parte desses movimentos. Um exemplo disso são os povos indígenas, ou povos originários, que sempre agiram em defesa do meio ambiente e do clima, pois a própria cosmovisão indígena pressupõe uma relação íntima com a natureza. Como explicam Wapichana e Cardoso (2020), os povos indígenas lidam com a mudança climática através de outra nomenclatura, a saber, a “mudança do tempo”. Isso indica que a relação dos povos indígenas com a mudança climática apresenta algumas diferenças, embora as ideias sigam o mesmo caminho. Nessa mesma esteira, o ativismo climático dos povos indígenas é diferente do que tem se desenvolvido recentemente no Brasil. O “efeito Greta” foi basicamente insignificante para os povos indígenas.

Em uma análise geral, pode-se destacar que o ativismo climático das crianças, adolescentes e jovens brasileiros ainda está longe de promover uma mobilização mais efetiva da população em geral. Os ativistas ainda são poucos em número e com muitas semelhanças entre eles. Embora haja um esforço desses movimentos para mobilizar crianças, adolescentes e jovens minoritários, como negros e indígenas, os níveis de representação ainda são baixos. Como o ativismo é liderado principalmente por jovens, as crianças e adolescentes ainda não desempenham um papel proeminente.

Os movimentos de ativismo climático buscam levar a pauta climática até os mais variados políticos, mas na maioria das vezes eles são ignorados. E quando eles são atendidos, as conversas não passam de promessas ou explicações genéricas. Essa articulação do ativismo com os atores políticos acontece com mais facilidade em partidos de posicionamento político de esquerda ou centro-esquerda. Quanto aos partidos políticos que se posicionam mais no centro do espectro político, ou que se identificam com a direita, a interação com o ativismo climático é basicamente inexistente.

De acordo com Pereira e Viola (2021), no Brasil, a atual política climática federal é marcada pelo negacionismo climático e ao contrário das administrações anteriores, o governo Bolsonaro tem posições claramente negacionistas em relação à mudança climática. Assim, como a orientação da União se opõe a uma luta eficaz para enfrentar a emergência climática, os demais atores, principalmente aqueles que participam da situação política, não encontram outra saída senão seguir na mesma direção. A única exceção são os partidos de oposição, de esquerda ou centro-esquerda.

Assim, o cenário político brasileiro se revela como um enorme desafio para qualquer influência significativa do ativismo climático de crianças, adolescentes e jovens. Há até mesmo dúvidas se as vozes desses ativistas são ouvidas. E se ouvidas, se são cumpridas. O cenário não é animador nem mesmo no processo eleitoral, visto que justamente devido à baixa adesão a esses movimentos, há pouca probabilidade de qualquer ativista ser eleito para um cargo político.

Porém, apesar das dificuldades, os movimentos de ativismo climático desenvolvem um papel importante no processo de educação da sociedade. Quando crianças, adolescentes e jovens participam de manifestações públicas sobre o clima, há um forte apelo para que a população ao redor escute os reclamos. Além disso, os ativistas são enga-

dados nas redes sociais, para que possam levar a mensagem climática a mais crianças, adolescentes e jovens. Esses ativistas desenvolvem um trabalho que deveria ser feito pelo Estado, mas a educação ambiental e climática é basicamente inexistente nas escolas brasileiras. Assim, de maneira informal e descontraída, ou mesmo numa manifestação pública, pode-se afirmar que o ativismo climático vem exercendo um papel importante na conscientização da população sobre a emergência climática.

Com mais pessoas conscientes dos riscos da crise climática, o futuro pode indicar um cenário diferente para o ativismo climático brasileiro. Entretanto, a emergência climática é uma agenda para agora não para amanhã. Os caminhos nos poderes executivo e legislativo estão basicamente fechados para crianças, adolescentes e jovens ativistas. No entanto, é possível influenciar de maneira direta a construção de políticas climáticas por meio do poder judiciário?

4. A litigância climática como uma ferramenta importante para o ativismo climático

A litigância climática refere-se à tradução da emergência climática para a linguagem dos direitos, cujo intérprete é o poder judiciário. Na literatura brasileira, há uma referência recorrente ao conceito de litígio climático formulado por Peel e Osofsky (2015), que o apresentam como uma ação judicial ou administrativa que aborda direta ou indiretamente a mudança climática. Esse conceito, embora tenha o mérito de apresentar a litigância climática por meio de uma abordagem abrangente, parece insuficiente, pois não considera como ponto central a relação entre a necessidade de concretização da tutela do direito à estabilidade climática e as técnicas processuais adequadas, que se traduzem no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

A litigância climática é um fenômeno global, mas apresenta diferenças entre os países do Norte Global e do Sul Global. De acordo com Setzer e Benjamin (2020), o Norte Global é o berço deste tipo de litigância, com o primeiro caso registrado em 1990 e atualmente apresenta uma quantidade numerosa de ações, sendo os Estados Unidos da América o país que mais apresenta litígios climáticos e no Sul Global, a litigância climática só apareceu em 2010 e ainda têm poucos casos. No Brasil, a litigância climática só apareceu realmente em 2020, quando alguns fatores se somaram, como a produção crescente da academia (Lameira, 2017, Wedy, 2019, Setzer et al., 2019a), a inspiração de casos internacionais bem sucedidos, o ceticismo da atual política climática federal (Pereira e Viola, 2021) e o alerta deixado pela pandemia de Covid-19.

Vale destacar que a litigância climática traz o poder judiciário, um ator potencial, para o problema da emergência climática. A lógica que opera no judiciário é distinta da lógica dos poderes executivo e legislativo, no sentido de que o primeiro se preocupa com a linguagem dos direitos e não com os argumentos políticos meramente partidários. Há base jurídica suficiente para argumentar que se o executivo e o legislativo falharem, o judiciário tem legitimidade para corrigir esta falha na mesma proporção (Alberto e Mendes, 2019).

No Brasil, esse debate encontra suas forças no controle judicial das políticas públicas, que é amplamente admitido pelo Supremo Tribunal Federal. É preciso alertar que o controle judicial das políticas públicas nada tem a ver com o ativismo judicial; enquanto o primeiro nada mais é do que um controle legítimo entre poderes, o segundo é uma violação pelo judiciário de seus próprios limites (Streck, 2016). A litigância climática brasileira apresenta vários casos de controle judicial de políticas públicas, com ênfase nos litígios que buscam combater a omissão do Governo Federal em desenvolver políticas climáticas.

Porém, a litigância climática não se limita a ações de controle judicial de políticas públicas. Na verdade, os litígios climáticos procuram cada vez mais responsabilizar empresas e particulares pelas emissões de gases de efeito estufa, ou mesmo por contribuir para os danos climáticos que já estão acontecendo. Assim, para uma real compreensão da litigância climática é imperioso concordar com Bouwer (2018), que afirma que não existem limites para os litígios climáticos. Como a emergência climática envolve vários setores e atores, a litigância climática pode se apresentar das mais variadas formas.

Um forte limitador da litigância climática, porém, são as possibilidades em determinada jurisdição. Embora seja correto afirmar que o litígio climático pode se vestir de variadas roupagens, não é menos correto considerar que essas roupas dependem das possibilidades de cada guarda-roupa, ou melhor, de cada jurisdição. Nessa esteira, a litigância climática brasileira precisa guardar consonância com o sistema jurídico nacional, do contrário, não passará de tentativas frustradas de repetir casos de sucesso no âmbito internacional. No caso do Brasil, em particular, a literatura aponta para a existência de um “terreno fértil” para litígios climáticos (Setzer et al., 2019b). De fato, a jurisdição brasileira abre diversas possibilidades de litigância climática, que pode ser justificada com base em três argumentos: (1) a litigância climática se aproxima da litigância ambiental, amplamente consolidada; (2) a presença de obrigações jurídicas climáticas e (3) um amplo conjunto de instrumentos processuais.

No Brasil, o poder judiciário é um campo de disputa importante para a proteção do meio ambiente. A litigância ambiental é praticada principalmente pelo Ministério Público, que possui a prerrogativa institucional de defender o meio ambiente (Congresso Nacional, Lei n. 8.625, 1993). O texto constitucional consagra o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como o federalismo cooperativo para a proteção ambiental (Assembleia Nacional Constituinte, 1988), somado a isso, há um amplo conjunto de obrigações jurídicas ambientais (Congresso Nacional, Lei n. 6.938, 1981). Assim, a litigância ambiental no Brasil encontra um conjunto de fatores para se desenvolver e foi isso o que aconteceu. Para proteger o meio ambiente no Brasil, muitas vezes se bate às portas do judiciário.

Porém, apesar da consolidação da litigância ambiental e da aproximação natural entre meio ambiente e clima, a litigância climática precisa de suportes próprios, portanto faz-se necessário trilhar o caminho das obrigações jurídicas climáticas. A este respeito, Alberto e Mendes (2019) destacam que o sistema jurídico brasileiro já possui obrigações jurídicas climáticas, que se encontram nos níveis constitucional, internacional e admi-

nistrativo, e que, no caso do descumprimento de qualquer uma dessas obrigações jurídicas, a litigância climática pode levar a demanda para a sindicância do judiciário.

Como o texto constitucional garante a existência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode-se deduzir dessa previsão, de acordo com Sarlet e Fensterseifer (2021), que existe também o direito fundamental à estabilidade climática, e que o novo direito fundamental conduziria ao reconhecimento de deveres estatais específicos para a proteção do sistema climático. Além disso, a própria Constituição Federal de 1988 reconhece a aplicação desse direito para as futuras gerações, de modo que o debate intergeracional possui *status* constitucional (Assembleia Nacional Constituinte, 1988). Por fim, cumpre mencionar que existem duas Propostas de Emenda à Constituição (PEC) com o objetivo de colocar a previsão expressa do direito à estabilidade climática na Constituição da República (PEC n. 37, 2021, PEC n. 233, 2019).

Há também obrigações jurídicas climáticas a nível internacional, previstas principalmente no Acordo de Paris, aprovado em 2015 na COP-21, e incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 9.073/2017. É importante destacar que o Acordo de Paris promoveu uma mudança significativa na governança do clima, na medida que reconheceu uma abordagem policêntrica, pela qual tanto o nível internacional como o nível nacional, dividido entre governos subnacionais, aliado com empresas e a sociedade civil, passaram a ser responsáveis pela concretização dos compromissos (Ostrom, 2010). O Acordo inaugurou o sistema *pledge and review* (promessa e revisão), pelo qual o âmbito internacional fica responsável pela revisão, e o âmbito nacional pela promessa (Keohane e Oppenheimer, 2016). Essa sistemática encontra-se materializada na figura da Contribuição Nacional Determinada (NDC, em inglês *Nationally Determined Contributions*), na qual cada país apresenta suas metas, mas subordinados às regras firmadas internacionalmente. É justamente nesse contexto que surgem as obrigações jurídicas internacionais (Bodansky, 2016), tais como a obrigatoriedade de atualizar as metas a cada cinco anos, bem como de buscar sempre uma ambição em cada meta, visando a neutralidade das emissões de carbono até metade do século (Presidência da República, Decreto n. 9.073, 2017).

Finalmente, as obrigações jurídicas climáticas também se encontram no nível administrativo. O Brasil instituiu a sua Política Nacional de Mudança do Clima por meio da Lei n. 12.817/2009, que possui um quadro extenso e amplo de instrumentos regulatórios, que podem ser utilizados à medida que a política climática progredir (Nusdeo, 2019). Todavia, não é apenas a União que instituiu uma política climática. A maioria dos Estados-membros já instituíram uma política climática (Instituto Clima e Sociedade, 2019). No âmbito municipal, vale a pena destacar o protagonismo que algumas capitais estão desenvolvendo na agenda climática, incluindo a aprovação de planos de ação climática (Fórum de Secretários de Meio Ambiente das Capitais Brasileiras, 2020). Essas políticas climáticas definem metas de mitigação e de adaptação, além de regulamentarem um conjunto de instrumentos (comando e controle, econômico e educacional), de modo que, dado um quadro regulatório tão amplo, surgem inúmeros deveres climáticos para a administração pública.

A roupagem processual também é um fator que corrobora com o entendimento de que o Brasil tem um terreno fértil para a litigância climática. Um litígio climático pode ser instrumentalizado pelo processo individual, como a responsabilidade por perdas e danos climáticos; pelo processo coletivo, com amplas possibilidades de defesa do clima como um bem jurídico da coletividade; do processo constitucional, dado que a estabilidade climática é um direito fundamental; e também pelo processo estrutural, que é recomendado para situações sistêmicas de violação de direitos fundamentais e de controle judicial de políticas públicas. Portanto, o combate contra a emergência climática pode assumir vários instrumentos processuais pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, após a constatação que a litigância climática possui realmente um terreno fértil no Brasil, se coloca a seguinte pergunta, agora bem mais específica: a litigância climática de crianças, adolescentes e jovens apresenta também toda essa fertilidade? Esse tipo de pergunta é importante porque os instrumentos processuais estão diretamente relacionados com as partes legítimas para o polo ativo da demanda. Nesse sentido, o protagonismo do Ministério Público na proteção ambiental não pode ser analisado sem considerar as possibilidades em torno da Ação Civil Pública.

É justamente nesse cenário que surge a pergunta: que instrumento processual pode ser utilizado por crianças, adolescentes e jovens ativistas climáticos no Brasil? A resposta imediata para essa pergunta: a Ação Popular. O instrumento da Ação Popular é o único que possui o cidadão como parte legítima - inclusive, o cidadão é a única parte legítima - assim, pode ser uma opção para ativistas climáticos.

Vale mencionar que crianças, adolescentes e jovens podem utilizar outros instrumentos processuais, mas de forma indireta, ou seja, por meio de demandas dirigidas aos atores legítimos para propor as ações, por exemplo, ativistas podem cobrar que o Ministério Público ingresse com uma Ação Civil Pública. Esse tipo de incidência é muito comum na defesa dos povos indígenas, com as associações indígenas ajuizando processos próprios, ou com o Ministério Público atuando a partir da cobrança de lideranças indígenas (Macuxi et al., 2021).

O cenário do ativismo climático no Brasil aponta que as crianças, adolescentes e jovens estão exercendo um papel de destaque na cobrança de ações efetivas para combater a emergência climática. O Ministério Público, por outro lado, ainda se encontra distante da agenda climática. Assim, um diálogo entre crianças, adolescentes e jovens com promotores de justiça ou com procuradores da República, apesar de ser muito recomendado, parece, no primeiro plano, impossível no cenário atual. Os ativistas também poderiam procurar partidos políticos, mas a dificuldade de diálogo entre esses grupos também está latente. Consequentemente, as atuações indiretas de ativistas no contexto da litigância climática são menos prováveis.

Desse modo, se crianças, adolescentes e jovens ativistas climáticos enxergarem a litigância climática como uma ferramenta para buscar medidas concretas para combater a emergência climática, o caminho certamente será percorrido pela Ação Popular. Como explica Leite (2012), a Ação Popular tem o poder de transformar o cidadão de mero beneficiário e destinatário da função ambiental (e climática) exercida pelo Estado

para se tornar um efetivo guardião do bem ambiental (e climático). Assim, na medida que a Ação Popular prestigia a democracia climática, pode se tornar uma ferramenta importante nas mãos de crianças, adolescentes e jovens ativistas, capaz de transformar discursos vazios dos governantes para ações concretas.

No Brasil, um exemplo corroborante é a Ação Popular Climática n. 5008035-37.2021.4.03.6100 (*Six Youths v. Minister of Environment and Others*), ajuizada na 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, no dia 13 de abril de 2021, por seis jovens ativistas climáticos contra o ex-ministro do meio ambiente Ricardo de Aquino Salles e o ex-ministro das relações exteriores Ernesto Henrique Fraga Araújo (Sabin Center for Climate Change Law, 2021). Os jovens que propuseram o litígio climático são Paulo Ricardo de Brito Santos, Thalita Silva e Silva, Walela Asoetxeige Paiter Bandeira Suruí (Txai Suruí), Paloma Costa Oliveira, Marcelo dos Santos Rocha e Daniel Augusto Araújo Gonçalves Holanda. Todos esses jovens estão vinculados a algum grupo de ativismo climático, sendo que os quatro primeiros fazem parte do Engajamundo e os dois últimos do FFF.

A Ação Popular em questão se insurgiu contra as chamadas “pedaladas climáticas”, que no caso específico, trata-se de uma violação de uma obrigação jurídica em nível internacional, que é justamente a obrigatoriedade de uma maior ambição na atualização da NDC. Os ativistas climáticos alegaram, então, que o Estado brasileiro violou o Acordo de Paris, pois não promoveu a atualização correta da meta climática para os próximos cinco anos.

Essa Ação Popular se tornou o primeiro litígio climático de jovens ativistas no Brasil e foi amplamente celebrada por movimentos de ativismo climático e associações especializadas. Porém, apesar de toda essa empolgação, a aludida Ação Popular ainda não mostrou resultados concretos, pois está em uma fase muito inicial. O pedido de tutela de urgência foi indeferido pelo juízo, de modo que a demora pode se tornar uma enorme barreira para a efetivação desse litígio que pode facilmente perder seu objeto, considerando que alguns políticos também estão tentando acabar com a “pedalada climática” por meio do Congresso Nacional.

Existe uma grande chance dessa Ação Popular Climática não resultar em efeitos concretos. Assim, o Brasil seguiria sem um litígio climático de crianças, adolescentes e jovens bem sucedido, ao contrário de países como a Colômbia, que tem o caso *Future Generations v. Ministry of the Environment and Others* (Sabin Center for Climate Change Law, 2018) e a Alemanha, com o caso *Neubauer et al v. Germany* (Sabin Center for Climate Change Law, 2020), apenas para citar alguns exemplos internacionais. Contudo, essa primeira experiência de litigância climática não pode ser vista como uma desmotivadora para outras ações, muito pelo contrário, deve indicar apenas uma porta de entrada para o desenvolvimento de novas Ações Populares Climáticas ajuizadas por crianças, adolescentes e jovens.

5. Construindo a ponte da Ação Popular Climática

A Ação Popular é instrumento processual prevista na Constituição da República, para que o cidadão efetue o controle “[...] ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]” (Assembleia Nacional Constituinte, 1988). Embora tenha previsão constitucional, a sua regulamentação se encontra na Lei n. 4.717/1965. A Ação Popular pode servir à litigância climática por causa de dois motivos principais: (1) atende a demanda de crianças, adolescentes e jovens ativistas climáticos e (2) tem o potencial de combater a emergência climática relacionada com o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural. Logo, a Ação Popular é plenamente compatível com a litigância climática e, além disso, é a única possibilidade para crianças, adolescentes e jovens ativistas climáticos.

No entanto, mesmo com essa compatibilidade, a Ação Popular Climática deve assumir suas particularidades próprias. Assim, retomando a ideia de que litigância climática precisa compatibilizar a tutela do direito à estabilidade climática com as técnicas processuais, será apresentado um esboço das partes, objetivos e pedidos da Ação Popular Climática. Essa linha de raciocínio prioriza o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, na qual as técnicas processuais estão a serviço da tutela do direito (Marroni, 2020). De forma clara, a Ação Popular só pode receber o adjetivo de “climática” se ela tiver como pressuposto intrínseco o combate efetivo contra a emergência climática.

5.1 Partes legítimas da Ação Popular Climática

Qualquer cidadão tem legitimidade para propor uma Ação Popular (Assembleia Nacional Constituinte, 1988). Apesar dessa previsão constitucional, o poder judiciário limita a legitimidade ativa apenas para o cidadão eleitor, com fulcro na Lei nº 4717/1965. Em termos práticos, o judiciário retira a legitimidade às crianças e adolescentes menores de 16 anos, quando o título de eleitor é facultativo, ou menores de 18 anos, pois a partir dessa idade o registro como eleitor torna-se obrigatório. Essa restrição imposta pela jurisprudência esbarra de frente com o ativismo climático, que tem crianças e adolescentes como importantes atores. Porém, a Ação Popular Climática não pode conter essa limitação na legitimidade ativa, pois isso significaria uma violação ao direito de tutela jurisdicional efetiva de um conjunto importante de atores que lutam contra a emergência climática.

A literatura apresenta críticas à interpretação restritiva do poder judiciário de considerar o cidadão apenas com base no título de eleitor, o principal argumento é que a Constituição da República, ao prever a Ação Popular, não criou qualquer restrição (Mancuso, 2015). A restrição imposta pela jurisprudência não encontra amparo constitucional, sendo apenas fruto da interpretação dos magistrados que se utilizam unicamente da lei regulamentadora, que é anterior ao próprio texto constitucional. A resposta para essa restrição, na seara da Ação Popular Climática, está justamente na necessidade de adequar as técnicas processuais para a tutela do direito à estabilidade climática.

O poder judiciário brasileiro não pode se comportar de forma fria diante dos reclamos de crianças e adolescentes que estão lutando pelo futuro. A emergência climática reforça ainda mais o direito das futuras gerações, então, sendo as crianças e adolescentes o futuro, nada mais justo que ampliar a legitimidade ativa da Ação Popular. Crianças e adolescentes estão, diariamente, buscando novas formas de ativismo climático e, caso seja necessário bater às portas do poder judiciário, isto deve ser reconhecido como exercício de um direito. Em suma, jovens podem se utilizar da Ação Popular sem maiores dificuldades, já que possuem idade para ter os títulos de eleitores, mas deixar as crianças e adolescentes fora dessa esfera é um duro golpe para o ativismo climático brasileiro.

O polo passivo da Ação Popular, a seu turno, pode ser ocupado por entidades políticas, como a União, o Estado ou o Município, assim como pela autoridade, funcionário ou administrador que tenha autorizado o ato sindicado. A legitimidade passiva, na verdade, é ampla, por isso, mostra-se necessária a transcrição literal dos artigos da lei regulamentadora:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

[...]

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo Congresso Nacional, Lei 4.717, 1965).

Então, por meio da Ação Popular Climática é plenamente possível que uma criança processe o Estado e o governador, por exemplo. No caso da Ação Popular Climática n. 5008035-37.2021.4.03.6100, no processo envolvendo a “pedalada climática”, seis jovens processaram a União, o ministro do meio ambiente e o ministro das relações exteriores. Dessa forma, a Ação Popular Climática tem o potencial de mudar a relação de cobrança de ativistas climáticos com os políticos. Assim, em vez de discursos vagos e apressados, ou mesmo a ausência de qualquer discurso, os políticos serão obrigados a apresentar respostas dentro do judiciário, por meio da linguagem dos direitos.

Vale destacar que a quantidade de autores não tem qualquer relevância processual. Ou seja, um litígio climático com apenas um autor, ou um litígio climático com dez

autores, simplesmente terão os mesmos efeitos. A quantidade de litigantes parece ter mais importância na questão de representatividade, ou até mesmo para chamar mais atenção da sociedade e da mídia, mas não tem efeito na seara processual. Esse fato é importante para a litigância climática, porque um ativista, mesmo isolado, mesmo em um local que não tem um movimento organizado, pode propor uma Ação Popular Climática. Além disso, é imperioso esclarecer que um ativista pode participar do processo mesmo que ele já esteja em andamento, assim, uma Ação Popular Climática que iniciou com apenas um autor pode no decorrer do processo receber a adesão de mais cidadãos (Congresso Nacional, Lei n. 4.717, 1965).

Em um dos exemplos mencionados, teve uma criança no polo ativo e o Estado e o governador no polo passivo. No primeiro olhar, essa relação lembra muito a história bíblica do conflito entre Davi e Golias. Seria, então, essa criança, ativista climática, um Davi pelo clima? Bem, esse exemplo é mais para fins didáticos do que para fins práticos. Por um lado, demonstra que a Ação Popular Climática pode envolver partes com forças completamente desproporcionais. Porém, a litigância climática pressupõe uma linguagem de direitos, de modo que essas distorções entre as partes devem ser equilibradas pelo juízo.

É justamente diante dessa necessidade de equilibrar as forças que o Ministério Público tem o dever de atuar nos processos de Ação Popular (Congresso Nacional, Lei n. 4717, 1965). No caso específico da litigância climática, o *parquet* tem o dever de reforçar os argumentos em prol da defesa do clima, isto por causa das várias obrigações jurídicas climáticas no ordenamento jurídico, além disso, deve zelar pelo bom andamento processual. Então, nesse confronto entre Davi e Golias, o Ministério Público deve se posicionar do lado do direito fundamental à estabilidade climática.

5. 2 Objetos da Ação Popular Climática

A emergência climática é a somatória das crises. Assim, a litigância climática só pode cumprir o seu papel se abarcar todos os contextos críticos. No caso da Ação Popular, é plenamente possível que a litigância climática assuma um papel amplo, já que o objeto deste instrumento processual é a defesa “[...] ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]” (Assembleia Nacional Constituinte, 1988). Desse modo, a Ação Popular Climática pode assumir qualquer roupagem constitucional, a fim de defender a estabilidade climática. A Ação Popular Climática pode apontar indiretamente violações ao direito fundamental à estabilidade climática, uma vez que os argumentos constitucionais não são vedados nesse instrumento processual. Finalmente, a Ação Popular Climática pode se insurgir contra uma ação e uma omissão. A partir desses três pressupostos, a Ação Popular apresenta potencial para se tornar uma poderosa ferramenta nas mãos das crianças, adolescentes e jovens ativistas.

A Ação Popular Climática pode ao mesmo tempo tratar de uma questão econômica ou lidar com questões propriamente ambientais ou, ainda, tratar de mais de uma modalidade. O importante, ao tratar do objeto, é reconhecer que a Ação Popular pode

defender a estabilidade climática por meio da defesa do patrimônio público, do meio ambiente, da moralidade administrativa ou do patrimônio histórico e cultural. Exemplificando, a Ação Popular Climática n. 5008035-37.2021.4.03.6100 apresentou a “pedalada climática” como violadora da proteção ambiental e da moralidade administrativa (Sabin Center for Climate Change Law, 2021). Com isso, os ativistas climáticos podem se utilizar da Ação Popular para syndicar um conjunto amplo e diverso de ações políticas.

As roupagens que a Ação Popular Climática pode assumir tem uma importância prática, considerando que a tutela de cada bem jurídico constitucional exige técnicas processuais adequadas. A questão prática mais importante é saber quais são os requisitos para o reconhecimento da Ação Popular. A literatura clássica e a jurisprudência costumam apontar a necessidade de um binômio: lesividade e ilegalidade (Silva, 2013). Contudo, parcela da literatura entende que esse binômio não pode ser aplicado de forma irrestrita para todas as modalidades de Ação Popular, como, por exemplo, em Ações Populares que buscam proteger o meio ambiente e a moralidade administrativa (Mancuso, 2015). Nesses casos, bastaria que a Ação Popular aponte um ato lesivo ao bem jurídico, independentemente se é um ato legal ou ilegal. A exceção se justifica na medida que exigir o binômio inviabilizaria a própria Ação Popular. Por exemplo, como um ato legal pode causar uma lesão ao meio ambiente, a Ação Popular Ambiental seria diminuída se o poder judiciário exigisse o binômio de lesividade e ilegalidade (Mancuso, 2015).

Por isso, a exigência ou não do binômio na Ação Popular Climática dependerá unicamente do caso concreto. Nos litígios climáticos que abordem a emergência climática pela roupagem da proteção do meio ambiente, da moralidade administrativa ou do patrimônio histórico e cultural, será necessário considerar apenas a lesão ao bem jurídico apresentado. Por outro lado, nos litígios climáticos de fundamentação relacionada com a proteção do patrimônio, há uma tendência a exigir a incidência do binômio da lesividade e da ilegalidade. Contudo, nada melhor do que o caso concreto para apontar ou não essa necessidade, já que o mais importante é garantir a técnica processual adequada para a defesa do direito em apreço.

A jurisprudência brasileira dá tanto destaque para o binômio lesividade e ilegalidade que, não raras vezes, se esquece de considerar a constitucionalidade. A literatura, por sua vez, aponta para a possibilidade de apresentar debates constitucionais por meio da Ação Popular, desde que não seja o único objeto, ou seja, o instrumento não pode se comportar como uma ação tipicamente constitucional (Silva, 2013). Seguindo nessa linha, além da possibilidade de questionar um ato lesivo a um dos bens jurídicos protegidos e/ou um ato ilegal, a Ação Popular também pode se insurgir contra um ato inconstitucional, desde que seja de forma indireta.

Nessa esteira, a Ação Popular Climática pode apresentar uma argumentação com base na teoria dos direitos fundamentais, especialmente do direito fundamental à estabilidade climática. Desta forma, a Ação Popular, embora tipicamente ajuizada na primeira instância, poderia alcançar, pelo sistema recursal, a Suprema Corte. Então, um processo de um conjunto de ativistas climáticos pode até mesmo chegar no Supremo Tribunal Federal e ser revestido de uma análise constitucional.

Finalmente, vale ressaltar que a Ação Popular pode se insurgir contra uma ação ou omissão (Arenhart e Osna, 2020). Tanto um ato comissivo quanto um omissivo podem violar o patrimônio público, o meio ambiente, à moralidade administrativa e o patrimônio cultural, portanto, não há dúvida sobre a legitimidade da Ação Popular em ambos os casos. A Ação Popular Climática pode ser utilizada para combater um ato que concretamente viola a proteção do sistema climático, ou mesmo contra uma omissão, que também tem o potencial de violação (Silva, 2013). Como já destacado, a litigância climática brasileira vem se desenvolvendo principalmente a partir de atos omissos. Nessa mesma toada, crianças, adolescentes e jovens ativistas climáticos podem processar as entidades políticas e as autoridades por suas omissões na agenda do clima.

5.3 Pedido da Ação Popular Climática

Na prática jurisdicional é comum o entendimento de que a Ação Popular só pode apresentar pedido desconstitutivo de um ato ofensivo e indenizatório em perdas e danos (Congresso Nacional, Lei n. 4.717, 1965). Contudo, a aplicação dessas técnicas processuais só são justificáveis na Ação Popular para defender o patrimônio público, e não nas outras modalidades de Ação Popular. No caso da Ação Popular Climática, por exemplo, aplicar esses únicos pedidos inviabilizaria toda e qualquer efetividade com o ajuizamento do processo. Assim, em consonância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é preciso ter pedidos capazes de atender aos objetos apresentados em cada Ação Popular Climática.

Sobre os pedidos de uma ação judicial há duas teorias processuais de expressão: (1) terciária, que defende a existência de apenas três pedidos: indenizatórios, (des)constitutivos e declaratórios e (2) quinária, que aduz a existência de cinco pedidos: indenizatórios, (des)constitutivos, declaratórios, execução em sentido estrito e mandamental. Não há consenso sobre qual teoria é adotada no sistema processual brasileiro, porém, o certo é que uma teoria não anula a outra, de modo que a escolha de qualquer uma delas não causará maiores implicações práticas. A diferença da teoria terciária para a quinária é que a primeira considera que os pedidos de execução em sentido estrito e mandamental compõem o pedido indenizatório, enquanto a segunda teoria prefere efetuar a divisão. Essa breve explicação é importante porque a Ação Popular Climática não pode se limitar apenas a duas espécies de pedido previstas na lei regulamentadora.

O questionamento prático que surge, então, é se a Ação Popular pode conter pedido de obrigação de fazer ou de obrigação de não fazer, isso se considerada a teoria terciária, ou se pode conter pedido mandamental, caso seja considerada a teoria quinária. Vale mencionar que o presente artigo adota a teoria quinária, na mesma linha de Marinoni (2020), de modo que o pedido mandamental será sempre tratado de forma separada. A questão em torno dos pedidos, então, é saber se a Ação Popular pode contar um pedido para obrigar o polo passivo a efetuar alguma medida para acabar com a lesão à estabilidade climática. No caso da Ação Popular Climática n. 5008035-37.2021.4.03.6100, o pedido requereu a formulação de uma nova NDC, já que a NDC

apresentada pelo governo brasileiro não foi mais ambiciosa, descumprindo assim uma obrigação jurídica internacional (Sabin Center for Climate Change Law, 2021).

Nesse sentido, é importante destacar que os pedidos desconstitutivos e indenizatórios em perdas e danos é insuficiente para tutelar a estabilidade climática. Com isso, permitir apenas esses pedidos significaria anular a Ação Popular Climática. É importante destacar, mais uma vez, que as técnicas processuais devem servir à tutela do direito, e, por esta razão, a literatura defende a ampliação dos pedidos de acordo com o direito em questão (Marinoni, 2020, Arenhart e Osna, 2020, Mancuso, 2015). A literatura costuma apontar o exemplo da Ação Popular Ambiental, de modo que para garantir a proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, faz-se necessário a adoção do pedido mandamental, de modo a obrigar uma ação concreta por parte do polo passivo (Mancuso, 2015).

No caso da Ação Popular Climática, todos os pedidos possíveis devem ser admitidos, independentemente da previsão na lei regulamentadora, que se limita aos pedidos de desconstituição e indenização em perdas e danos. Na esteira do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, os pedidos precisam ser adequados à devida tutela do direito guerreado. Assim, para defender a tutela do clima, a Ação Popular Climática pode trabalhar com pedidos mandamentais, que requeiram uma ação efetiva por parte de algum ente estatal.

Somado a isso, vale mencionar que a Ação Popular, ainda na esteira do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pode apresentar mais de um pedido (Arenhart e Osna, 2020). Assim, por exemplo, a Ação Popular Climática pode apresentar um pedido mandamental e um pedido de indenização. Neste sentido, a Ação Popular Climática também pode apresentar pedidos principais e subsidiários, bem como pedidos alternativos. Assim, a partir de um conjunto amplo de técnicas processuais, a Ação Popular Climática pode ter mais probabilidade de garantir a tutela do clima.

A Ação Popular Climática pode até assumir um caráter estrutural. Como explica Vitorelli (2020), o processo estrutural é a forma mais adequada de instrumentalizar o controle judicial da política pública, sendo apropriado para casos sistêmicos de violação de direitos fundamentais, já que o processo estrutural se apresenta por meio de flexibilizações nas técnicas processuais, para cessar as violações aos direitos fundamentais. Com isso, em casos de violações sistemáticas aos direitos fundamentais relacionados à tutela do direito, é imperioso desenhar uma Ação Popular Climática Estrutural.

6. Considerações finais

A Ação Popular se apresenta como um dos caminhos possíveis para o ativismo climático para crianças, adolescentes e jovens no Brasil. A analogia com uma ponte cai como uma luva para a Ação Popular, pois de um lado há ativistas climáticos e do outro a busca de políticas públicas efetivas para combater a emergência climática. Assim, por meio da linguagem de direitos e das técnicas processuais adequadas, a Ação Popular é o elo entre as demandas de crianças, adolescentes e jovens e os tomadores de decisões políticas.

O alicerce da ponte é justamente as consequências da emergência climática para crianças, adolescentes e jovens, que são um dos grupos mais vulneráveis, de modo que seu futuro é sem dúvida ameaçado. A sustentação da ponte da Ação Popular, então, está no fato de que crianças, adolescentes e jovens precisam influenciar os espaços políticos, tendo em vista que são diretamente interessados. A busca por políticas públicas climáticas vem sendo feita pelo ativismo climático, que pode ser encarado como a pavimentação da ponte.

Além do alicerce e da pavimentação, essa ponte precisa de um acabamento, sendo este justamente a adequação das técnicas processuais para garantir a tutela do direito à estabilidade climática. A Ação Popular deve ser desenhada com as cores da emergência climática, de modo a influenciar, diretamente, no processo de formulação das políticas públicas climáticas.

Sendo assim, a Ação Popular Climática deve apresentar uma legitimidade ativa ampla, se afastando da ideia de cidadão eleitor e se aproximando mais de uma cidadania climática. Somado a isso, a Ação Popular Climática pode apresentar objetos que relacionem a emergência climática com a proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa, do ambiente e do patrimônio histórico e cultural. Por último, mas não menos importante, a Ação Popular Climática pode apresentar todos os pedidos possíveis no ordenamento jurídico, e é por isso que, no panorama da litigância climática, a possibilidade do pedido mandamental é essencial.

Como toda ponte, a Ação Popular Climática deve ser encarada como o elo entre o ativismo climático de crianças, adolescentes e jovens e a busca por respostas concretas a emergência climática. A Ação Popular Climática não passa de um caminho, não tendo, e nem podendo ter, a capacidade de restringir as inquietações do ativismo climático e as várias respostas necessárias para evitar uma crise ecológica sem precedentes no século XXI. Desse modo, o caso concreto será determinante, pois a forma de litigar, contra que ato syndicar e até mesmo sobre os pedidos, tudo depende da interação dos dois lados da ponte, o ativismo climático e o centro de decisão política; agora a ponte, naturalmente, é apenas o caminho, um caminho para multiplicas possibilidades.

O que não pode acontecer é que esse caminho, completamente legítimo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, esteja fechado ao ativismo climático. A Ação Popular não pode ser interpretada por meio de inúmeras barreiras; muito pelo contrário, deve ser revestida de um espaço amplo e acolhedor para ouvir os clamores do ativismo. Assim, o ativismo climático pode até escolher não cruzar essa ponte. Entretanto, a ponte da Ação Popular Climática deve estar sempre aberta para que crianças, adolescentes e jovens falem sobre seu futuro.

Referências

Alberto, M. A. M.; Mendes, C. H. (2019). Litigância climática e separação de poderes. Em J. Setzer; K. Cunha; A. Botter-Fabbri (Org.), *Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil* (pp. 117-138). Revista dos Tribunais.

- Arenhart, S. C.; Osna, G. (2020). *Curso de processo civil coletivo* (2ª ed.). Revista dos Tribunais.
- Assembleia Nacional Constituinte. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- Benjamin, A. H. (2012). Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. Em J. J. Gomes Canotilho; J. R. M. Leite (Org). *Direito constitucional ambiental brasileiro* (5a ed.) (pp. 83-156). Revista dos Tribunais.
- Bernhardt, E. (2015, 11 junho). *Severn Suzuki: a menina que calou o mundo por 5 minutos*. <https://www.recicloteca.org.br/videos/severn-suzuki-a-menina-que-calou-o-mundo-por-5-minutos/>.
- Bodansky, D. (2016). The Legal Character of the Paris Agreement. *Review of European Comparative & International Environmental Law*, v. 25, n. 2, 142-150. <https://doi.org/10.1111/reel.12154>.
- Bouwer, K. (2018). The Unsexy Future of Climate Change Litigation. *Journal of Environmental Law*, v. 30, n. 3, 483-506. <https://doi.org/10.1093/jel/eqy017>.
- Congresso Nacional. (1965). *Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm.
- Congresso Nacional. (1981). *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm.
- Congresso Nacional. (1993). *Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm.
- Engajamundo. (2021). *Engajamundo: conheça nosso trabalho*. <https://engajamundo.org/>.
- Fórum de Secretários de Meio Ambiente das Capitais Brasileiras. (2020). *Caderno de Transição*. Rio de Janeiro: CB 27. <https://americadosul.iclei.org/documentos/caderno-de-transicao/>.
- Fridays For Future. (2021). *Fridays For Future: What We Do*. <https://fridaysforfuture.org/>.
- Instituto Clima e Sociedade. (2019). *Leis climáticas dos Estados brasileiros*. https://59de6b5d-88bf-463a-bc1c-d07bfd5afa7e.filesusr.com/ugd/d19c5c_1b1a5c5565e54dd2b421d-815fca253b5.pdf.
- Intergovernmental Panel on Climate Change. (2015). *Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/SYR_AR5_FINAL_full.pdf.
- Intergovernmental Panel on Climate Change. (2018). Summary for Policymakers. *Global Warming of 1.5°C: an IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/05/SR15_SPM_version_report_LR.pdf.

- Intergovernmental Panel on Climate Change. (2021). *Climate Change 2021: The Physical Science Basis Working Group I Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM_final.pdf.
- Jones, A. (2020). *The Intersection of Mental Health and Climate Change: Policy Suggestions for Supporting Greenlandic Inuit*. <https://jsis.washington.edu/news/the-intersection-of-mental-health-and-climate-change-policy-suggestions-for-supporting-greenlandic-inuit/>.
- Keohane, R. O; Oppenheimer, M. (2016). Paris: *Beyond the Climate Dead End Through Pledge and Review? Politics and Governance*, v. 4, n. 3, 1-10. <https://doi.org/10.17645/pag.v4i3.634>.
- Lameira, V. (2017). Mudanças climáticas: estratégias de litigância e o papel do judiciário no combate às causas e efeitos do aquecimento global no contexto brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 64, 197-223. <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/118058>.
- Laville, S. (2019, 8 november). Greta Thunberg effect' driving growth in carbon offsetting. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/environment/2019/nov/08/greta-thunberg-effect-driving-growth-in-carbon-offsetting>.
- Leite, J. R. M. (2012). Sociedade de risco e Estado. Em J. J. Gomes Canotilho; J. R. M. Leite (Org.), *Direito constitucional ambiental brasileiro* (5a ed., pp. 157-232). Revista dos Tribunais.
- MacGregor, S. (2010). Gender and Climate Change: From Impacts to Discourses. *Journal of the Indian Ocean Region*, v. 6, n. 2, 1-14. <https://doi.org/10.1080/19480881.2010.536669>.
- Macuxi, I; Bedoni, M; Barros, J. M. A; Santos, M. T.; Andrade, Z. K. S. (2021). A advocacia como mais uma frente de luta para os povos indígenas: entrevista com Ivo Macuxi. *InSURgência*, v. 7, n. 2, 17-41. <https://doi.org/10.26512/insurgencia.v8i2.38567>.
- Mancuso, R. de C. (2015). *Ação Popular* (8a ed.). Revista dos Tribunais.
- Marinoni, L. G. (2020). *Técnica processual e tutela dos direitos* (7a ed.). Revista dos Tribunais.
- Nusdeo, A. M. de O. (2019). Mudanças climáticas e os instrumentos jurídicos adotados pela legislação brasileira para o seu combate. Em A. M. de O. Nusdeo; T. Trennepohl (Org.), *Temas de direito ambiental econômico* (pp. 196-214). Revista dos Tribunais.
- Ostrom, E. (2010). Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change. *Global Environmental Change*, v. 20, n. 4, 550-557. <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2010.07.004>.
- Peel, J.; Osofsky, H. M. (2015). *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*. Cambridge University Press.
- Pereira, J. C.; Viola, E. (2021). Brazilian Climate Policy (1992-2019): An Exercise in Strategic Diplomatic Failure. *Contemporary Politics*, v. 28, n. 1, 1-24. <https://doi.org/10.1080/13569775.2021.1961394>.
- Plant-for-the-Planet. (2021). *Plant-for-the-Planet: About Us*. <https://a.plant-for-the-planet.org/>.
- Proposta de Emenda à Constituição n. 37. (28 de outubro de 2021). *Altera o art. 5º, caput, acrescenta o inciso X ao art. 170 e o inciso VIII ao §1º do artigo 225 da Constituição Federal*. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2304959>.

Proposta de Emenda à Constituição n. 233. (4 de dezembro de 2019). *Acrescenta o inciso X ao art. 170 e o inciso VIII ao §1º do art. 225 da Constituição Federal*. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140340>.

Presidência da República. (2017). *Decreto n. 9.073, de 5 de junho de 2017*. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm.

ReachOut. (2019). *New Survey by ReachOut and Student Edge Reveals Number of Students Anxious about Climate Change*. <https://about.au.reachout.com/blog/new-survey-by-reachout-and-student-edge-reveals-number-of-students-anxious-about-climate-change>.

Ripple, W. J.; Wolf, C.; Newsome, T. M.; Gregg, J. W.; Lenton, T. M.; Palomo, I.; Eikelboom, J. A. J.; Law, B. E.; Hug, S.; Duffy, P. B.; Rockström, J. (2021). World Scientist's Warning of a Climate Emergency 2021. *BioScience*, v. 71, n. 9, 1-5. <https://doi.org/10.1093/biosci/biab079>.

Sabin Center for Climate Change Law. (2018). *Future Generations v. Ministry of the Environment and Others*. <http://climatecasechart.com/non-us-case/future-generation-v-ministry-environment-others/>.

Sabin Center for Climate Change Law. (2020). *Neubauer et al v. Germany*. <http://climatecasechart.com/non-us-case/neubauer-et-al-v-germany/>.

Sabin Center for Climate Change Law. (2021). *Six Youths v. Minister of Environmental and Others*. <http://climatecasechart.com/non-us-case/six-youths-v-minister-of-environment-and-others/>.

Sanson, A.; Bellefleur, M. (2021). Children and Youth in the Climate Crisis. *BJPsych Bulletin*, v. 45, n. 4, 205-209. <https://doi.org/10.1192/bjb.2021.16>.

Sarlet, I. W.; Fensterseifer, T. (2020). *Curso de direito ambiental*. Forense.

Sarlet, I. W.; Fensterseifer, T. (2021). *Notas acerca de um direito fundamental à integridade do sistema climático*. <https://www.conjur.com.br/2021-abr-23/direitos-fundamentais-notas-acerca-direito-fundamental-integridade-sistema-climatico>.

Sealey-Huggins, L. (2018). The Climate Crisis is a Racist Crisis: Structural Racism, Inequality and Climate Change. Em A. Johnson; R. Joseph-Salisbury; B. Kamunge (Org.). *The Fire Now: Anti-Racist Scholarship in Times of Explicit Racial Violence* (pp. 99-113). Zed Books. <http://wrap.warwick.ac.uk/103485>.

Setzer, J.; Benjamin, L. (2020). Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations. *Transnational Environmental Law*, v. 9, n. 1, 77-101. <https://doi.org/10.1017/S2047102519000268>.

Setzer, J.; Cunha, K.; Botter-Fabbri, A. (Org.). (2019a). *Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil*. Revista dos Tribunais.

Setzer, J.; Cunha, K.; Botter-Fabbri, A. (2019b). Panorama da litigância climática no Brasil e no Mundo. Em J. Setzer; K. Cunha; A. Botter-Fabbri (Org.). *Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil* (pp. 59-86). Revista dos Tribunais.

Silva, J. A. da. (2013). *Ação popular constitucional: doutrina e processo* (2a ed.). Malheiros.

- Streck, L. L. (2016). Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 17, n. 3, 721-732. <https://doi.org/10.18593/ejil.v17i3.12206>.
- Thomas, K.; Hardy, R. D.; Lazrus, H.; Mendez, M.; Orlove, B.; Rivera-Collazo, I.; Roberts, J. T.; Rockman, M.; Warner, B. P.; Winthrop, R. (2019). Explaining Differential Vulnerability to Climate Change: A Social Science Review. *WIREs Climate Change*, v. 10, n. 2, 1-18. <https://doi.org/10.1002/wcc.565>.
- Thunberg, G. (2019, 23 setembro). Veja na íntegra o discurso de Greta Thunberg nas Nações Unidas. *ONU News*. <https://news.un.org/pt/story/2019/09/1688042>.
- Tol, R. S. J.; Downing, T. E.; Kuik, O. J.; Smith, J. B. (2004). Distributional Aspects of Climate Change Impacts. *Global Environmental Change*, v. 14, n. 3, 259-272. <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2004.04.007>.
- Torres, P. H. C.; Jacobi, P. R.; Leonel, A. L. (2020). Nem leigos nem peritos: o semeador e as mudanças climáticas no Brasil. *Política & Sociedade*, v. 19, n. 44, 17-38. <https://doi.org/10.5007/2175-7984.2020v19n44p17>.
- Vitorelli, E. (2021). *Processo civil estrutural: teoria e prática* (2a ed.). JusPODIVM.
- Xu, Z.; Sheffield, P. E.; Hu, W.; Su, H.; Yu, W.; Qi, X.; Tong, S. (2012). Climate Change and Children's Health: A Call for Research on What Works to Protect Children. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, v. 9, n. 9, 3298-3316. <https://doi.org/10.3390/ijerph9093298>.
- Youth Climate Leaders. (2021). *Youth Climate Leaders: sobre o YCL*. <https://pt.youthclimateleaders.org/about>.
- Walker, A. (2020, 4 february). "Greta Effect" Spurring UK Children's Online Activism, Ofcom Says. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/media/2020/feb/04/greta-effect-spurring-uk-childrens-online-activism-ofcom-says>.
- Wapichana, S.; Cardoso, T. M. (2020). Entrevista com Sinéia Wapichana. *Revista de divulgação científica coletiva*. https://www.coletiva.org/_files/ugd/683a6e_f1438a268ce-d408a836ee33963445e46.pdf.
- Watts, J. (2019, 23 abril). The Greta Thunberg Effect: At Last, Mps Focus on Climate Change. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/environment/2019/apr/23/greta-thunberg>.
- Wedy, G. (2019). *Litígios climáticos: de acordo com o direito brasileiro, norte-americano e alemão*. JusPODIVM.

Derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada: análisis de la tutela 043/20 de la Corte Constitucional

*The job stability reinforced for pregnant women:
an analysis of a decision of the Colombian Constitutional Court*

Diana Marcela Trujillo Vallejo¹
Ana Isabel Arango Giraldo²

Cómo citar: Trujillo, D. M.; Arango, A. I. (2022). Derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada: análisis de la tutela 043/20 de la Corte Constitucional. *Nuevo Derecho*; 18(30): 1-11. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1437>

Recibido/03/12/2021 – Aceptado/25/06/2022 – Publicado/30/06/2022

Resumen

La Corte Constitucional por medio de la sentencia objeto de análisis T- 043 de 2020 confirmó su postura jurisprudencial frente al alcance que tiene la estabilidad laboral reforzada frente a las mujeres embarazadas, en cumplimiento de las diferentes políticas públicas y medidas legales que desarrollan la obligación de garantizar el mínimo vital de las mujeres gestantes y lactantes; así como la procedencia de la acción de tutela en dicha materia para evitar un perjuicio irremediable cuando las razones para no continuar con la relación laboral, no obedecen a causas objetivas legales según la legislación interna. En este sentido, este análisis pretende abordar los alcances de la sentencia de la Corte respecto de su objeto de desarrollo, y, evidenciar la importancia de este artículo como reseña jurisprudencial en el marco investigativo de corrección constitucional sobre la protección reforzada que deben tener las mujeres gestantes en Colombia de todo acto discriminatorio que obedezca precisamente a su estado gravidez, como argumento ilegítimo e ilegal para finalizar o no renovar un contrato laboral; cuando no se configuren las causales objetivas para la terminación del mismo según lo dispone el Código Sustantivo del Trabajo.

Palabras clave: estabilidad laboral reforzada, perjuicio irremediable, mínimo vital, mujer gestante.

¹ Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAUCLA). Especialista en Derecho Procesal Penal de UNAUCLA. Magíster en Derecho de la Universidad de Medellín (UDEM). Doctora en Derecho de la Universidad de Medellín. Profesora del Tecnológico de Antioquia. Profesora de posgrados de la Universidad de Medellín. diana.trujillo32@tdea.edu.co <https://orcid.org/0000-0002-9117-4633>

² Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAUCLA). Politóloga de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de UNAUCLA. Magíster en Gestión de la Tecnología Educativa de la Universidad de Santander. Profesora del Instituto Tecnológico Metropolitano. anaarango2126@correo.itm.edu.co <https://orcid.org/0000-0001-5665-5362>



Abstract

Through the sentence object to analysis T-043/20, The Constitutional Court confirmed its jurisprudential posture in favor of reinforced labor stability for pregnant women, thus complying with the diverse legal and politically public measures to develop an obligation to guarantee the vital minimum for pregnant and nursing women; this way, the precedence of action protection in this subject evades an irremediable prejudice when the reasons for not continuing a labor relationship do not comply with objective legal causes relevant to internal legislation. In this sense, the purpose of this analysis is to address the scope of the Court's ruling with respect to its object of development, and, to demonstrate the importance of this article as a jurisprudential review in the investigative framework of constitutional correctness, the reinforced protection that pregnant women in Colombia must have from any discriminatory act that is due precisely to their pregnancy status, as an illegitimate and illegal argument to terminate or not renew a labor contract. ; when the objective grounds for termination are not configured as provided by the Substantive Labor Code.

Keywords: Job stability, irremediable damage, minimum vitality, pregnant woman.

1. Introducción

A partir de la consagración del derecho fundamental al trabajo en el texto constitucional colombiano (artículo 53), se desarrolla jurisprudencialmente el derecho a la estabilidad laboral reforzada como parte del núcleo que constituye su fundamentación, Dicha jurisprudencia ha sido considerada como un principio que rige las relaciones laborales y que se concretiza en un derecho de los individuos, en tanto les permite, en determinadas situaciones de vulnerabilidad, conservar el empleo y solo ser despedidos según las causas justas consignadas en la legislación.

A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional le atribuye al derecho a la estabilidad laboral reforzada unas características propias:

(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz (Corte Constitucional, T-320 de 2016).

Es en virtud de estas características que un empleado puede exigir la materialización de este principio-derecho, y por ellas es posible garantizar el debido proceso en los casos concretos tendientes a prescindir de aquel que por atribución legal cuenta con estabilidad laboral reforzada. En este sentido, se ha considerado que este principio-derecho recae en quienes tienen una vulnerabilidad manifiesta, es decir, aquellos

que sufren una discapacidad física o psíquica (Corte Constitucional, T-041 de 2014), y se extiende a las mujeres en estado de gestación (Corte Constitucional, C-470 de 1997).

En las mujeres gestantes y lactantes este principio, a su vez, refuerza el radio de protección de su estado, lo que permite hablar la existencia de un fuero de maternidad, el cual constituye la protección de otros principios de rango constitucional, como es el derecho que tienen “las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad, la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral, la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida” (Corte Constitucional, SU-075, 2018).

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional ha sido enfática en sus planteamientos al trazar una línea tendiente a proteger a las mujeres en etapa de gestación y lactancia, de manera que se garanticen unas condiciones mínimas de dignidad y *tranquilidad*, tanto para su vida laboral, como para su estado mismo. En este sentido, nos proponemos analizar la sentencia T-043 de 2020, en donde se refuerza lo planteado por esta corporación en esta materia.

2. Antecedentes fácticos

La jurisprudencia ya había señalado que no renovar el contrato laboral de una mujer en estado de gestación “puede llegar a constituirse como un acto discriminatorio cuando se han dado manifestaciones previas indicativas de que sí se haría, pero que, una vez se conoce el estado de gravidez de la trabajadora, se opta por no hacerlo sin aducir ninguna causa objetiva” (Corte Constitucional, T-403, 2020).

Por ello, el 5 de marzo de 2019, la señora Dora Patricia Ramírez Monsalve, mediante acción de tutela, expresó que tuvo una “relación laboral con la sociedad Corporación Educa S.A.S., al haber sido contratada para desempeñar el cargo de docente en el grado prejardín en el establecimiento educativo “*Jardín Universo Mágico*” ubicado en el municipio de Chía (Cundinamarca)” (Corte Constitucional, T-403, 2020).

De acuerdo con los presupuestos fácticos, la señora Ramírez celebró con la institución dos contratos de trabajo a *término fijo inferiores* a un año, de los cuales, el primero comprendía el periodo entre el 6 de marzo y el 30 noviembre de 2017, y el segundo, entre el 1 de febrero y el 18 de noviembre de 2018. Más adelante, el 13 de diciembre de 2018, la señora Ramírez acudió a las instalaciones del centro educativo para firmar la liquidación de su contrato de trabajo, momento en que se le indicó, según narra ella misma, que su contrato sería renovado para el año subsiguiente.

El 18 de enero de 2019, la señora Ramírez se hizo una prueba *casera* de embarazo, que resultó positiva. Por eso, se acercó a su EPS (Entidad Promotora de Salud) para confirmarlo mediante prueba de sangre. Como el resultado también fue positivo, se lo comunicó a su jefa directa de manera inmediata. El 24 de enero, la señora Ramírez recibió una notificación, mediante un grupo de WhatsApp de la institución, de que el día 26 de enero se realizaría la suscripción de los nuevos contratos aportando la documen-

tación requerida, por lo que la señora dio por hecho que su contrato sería renovado sin ningún inconveniente. No obstante, después se le comunicó, por decisión de la directora general, y sin ningún otro tipo de explicación, que su contrato no sería renovado.

3. Planteamiento jurídico

Con base en los antecedentes fácticos:

La señora Ramírez instauró una acción de tutela en contra de la sociedad Corporación Educa S.A.S. (Universo Mágico Kindergarten), al considerar que vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al fuero de maternidad y a la *confianza legítima* (Corte Constitucional, T-403, 2020).

Pero ya el 18 de febrero, como primera medida, la señora había acudido a la oficina del inspector de trabajo del municipio de Chía, donde se le informó que no le podría conceder una entrevista hasta el mes de abril siguiente; situación que a juicio de la señora Ramírez “habría acaecido un perjuicio irremediable, el cual pretendía evitar mediante la presentación de la acción de tutela” (Corte Constitucional, T-403, 2020).

De acuerdo con lo anterior, la señora Ramírez solicitó al juez de tutela ordenar su “reintegro, garantizar su derecho a la estabilidad laboral reforzada y ordenar el pago de los salarios dejados de percibir. Por último, como medida provisional pidió que se le ordenara a la accionada afiliarla al SGSSS” (Corte Constitucional, T-403, 2020).

Como respuesta a sus peticiones, el Juzgado Primero Civil Municipal de Cundinamarca mediante el auto del 6 de marzo de 2019:

Avocó el conocimiento de la acción, vinculó al trámite a la Inspección del Trabajo del municipio de Chía y accedió a la medida provisional solicitada, por lo cual se le ordenó a la sociedad Corporación Educa S.A.S. afiliar a la accionante al Sistema de Seguridad Social en Salud (Corte Constitucional, T-403, 2020).

En contraste, según narra el fallo de la Corte Constitucional, la corporación accionada se opuso a las pretensiones del recurso, manifestando que: (i) en el caso de la señora Ramírez, “se suscribieron dos contratos laborales *que fueron autónomos e independientes entre sí*” en 2017 y 2018, por lo que es posible inferir que no existía razón legal para dar continuidad con los mismos; (ii) al momento de la finalización del *último* contrato no se conocía el estado de gestación de la señora Ramírez, “por lo cual no era necesario tramitar la autorización ante la oficina del trabajo” y, (iii) respecto a la falta de afiliación de la accionante al SGSSS, ella podía “afiliarse como trabajadora independiente; como beneficiara del padre de su hijo o gestionar su vinculación al régimen subsidiado de salud” (Corte Constitucional, T-403, 2020).

A partir de lo anterior:

Si bien el juez constitucional de primera instancia concedió el amparo de manera transitoria y, en consecuencia, le ordenó a la accionada proceder con el reintegro y vinculación al SGSSS, la decisión fue revocada por el juez de segunda instancia que, en su lugar, negó la protección (Corte Constitucional, T-403, 2020).

Por ello, la Corte Constitucional plantea el siguiente problema jurídico:

¿Una institución educativa de carácter privado desconoce el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación de una mujer que laboró como docente, al manifestarle que su contrato de trabajo sería suscrito para el siguiente período lectivo y, posteriormente, haber cambiado de decisión al enterarse que esta se hallaba en estado de gestación? (Corte Constitucional, T-403, 2020).

Para dar respuesta a este interrogante, la misma Corte trazó como temas centrales:

(i) procedencia de la acción de tutela entre particulares; (ii) protección jurídica a la mujer en estado de gestación o lactancia y cláusula constitucional de no discriminación; (iii) aproximación a la prueba electrónica, y el valor probatorio atenuado de las capturas de pantalla o “pantallazos” extraídos de la aplicación WhatsApp y, (iv) caso concreto [análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela] (Corte Constitucional, T-403, 2020). *[Corchetes fuera del texto citado]*

4. Procedencia de la acción de tutela entre particulares

La acción de tutela es un recurso que consolida la manifestación de la supremacía de la Constitución, y en ese sentido, cuando se habla de la relación persona-Estado se debe tener presente la eficacia vertical de los derechos; sin embargo, cuando se habla de:

Las relaciones entre particulares o privados pueden darse situaciones que vulneran o desconocen derechos fundamentales, por lo cual, el hecho de que el constituyente de 1991 haya admitido la posibilidad de instaurar la acción de tutela en estas condiciones permite también establecer la *eficacia horizontal de derechos* (Corte Constitucional, T-632, 2007).

De acuerdo con lo anterior, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en desarrollo del texto constitucional, establece una serie de eventos en los cuales la acción de tutela procede contra particulares, haciendo énfasis en el hecho de que la solicitud se presente con fundamento en la protección “de un derecho de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción” (Presidencia de la República, Decreto 2591, 1991).

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha definido y diferenciado los términos de *subordinación* para describir “la existencia de una relación jurídica de dependencia” (Corte Constitucional, T 403, 2020), y de *indefensión* para hacer “referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra” (Corte Constitucional, T 403, 2020), pero su origen no se basa en la obligatoriedad derivada de un orden social o de una norma jurídica determinada, sino en aquellas situaciones que tienen una “naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida como una posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate; situación que se evidencia también para este caso concreto” (Corte Constitucional, Sentencia T-030 de 2018).

5. Protección jurídica a la mujer en estado de gestación o lactancia, y cláusula constitucional de no discriminación

La legislación colombiana ha consagrado esta protección con base en las diferentes disposiciones legales nacionales e internacionales sobre la materia, entre las cuales se resalta:

(i) Artículo 13 de la norma superior:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...) La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (Asamblea Nacional Constituyente, artículo 13, 1991).

(ii) Artículo 235A del Código Sustantivo del Trabajo [CST]: “La maternidad gozará de la protección especial del Estado”; (Presidente de la República, artículo 235A, 2021).

(iii) Artículo 239 (CST) “Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa”; (Presidente de la República, artículo 239, 2021).

(iv) Artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: “Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, artículo 11, 1979).

(v) Artículo 6 de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación” (Asamblea general de la organización de los Estados Americanos, artículo 6, 1994).

En definitiva, el texto constitucional consagra una disposición general en materia de igualdad y no discriminación, la cual se ha extendido a la protección en favor de la mujer en el ámbito laboral para que “sus condiciones no sean disminuidas o finalizadas de forma arbitraria e injusta por el hecho de encontrarse en estado de gestación o lactancia” (Corte Constitucional, T-043, 2020). Dicha garantía se circunscribe a los contenidos normativos de las disposiciones internacionales de los derechos humanos, así como a la jurisprudencia constitucional cuando menciona “el hecho de no renovar la relación laboral de una mujer en estado de gestación puede llegar a constituirse como un acto discriminatorio cuando se han dado manifestaciones previas indicativas de que sí se haría, pero que, una vez se conoce el estado de gravidez de la trabajadora, se opta por no hacerlo sin aducir ninguna causa objetiva” (Corte Constitucional, T-043, 2020).

6. Aproximación a la prueba electrónica.

En su sentencia, la Corte concluyó que las capturas de pantalla extraídas de la aplicación WhatsApp y aportadas por la accionante sí constituían un elemento probatorio válido, en tanto en ellos se indicaba que su contrato posiblemente sería renovado en el mes de enero. Esto da cuenta cómo los avances tecnológicos en el entendimiento y el ejercicio del Derecho en el ámbito probatorio y por lo tanto:

Los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo capturas de pantalla respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio (Corte Constitucional, T-043, 2020).

Esto ha hecho que la doctrina especializada le haya concedido “el valor de prueba indiciaria” a estos pantallazos, en vista de que dichos elementos no son muy susceptibles de alteraciones en su contenido, por lo que pueden ser valorados de forma conjunta con los demás medios de prueba, como en el caso de la señora Dora Patricia Ramírez.

7. Del caso concreto y el análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

La sala analizó el cumplimiento de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela examinando si se cumplieron los requisitos de legitimación por activa y pasiva, de inmediatez y, finalmente, de subsidiariedad.

En primera medida, de acuerdo con la sentencia motivo de este análisis, “la legitimación por activa en el mecanismo de amparo exige que quien lo ejerza sea el titular de los derechos conculcados o mediante un tercero que actúe en su nombre debidamente acreditado para tal fin” (Corte Constitucional, T 043, 2020).; mientras que respecto de la legitimación por pasiva, la Corte Constitucional “hace alusión a la autoridad o el particular contra quien se dirige la acción de tutela, en tanto se considera

que es efectivamente el llamado a responder por la vulneración o amenaza de la prerrogativa constitucional” (Corte Constitucional, T 043, 2020).

Al aplicar estas dos premisas de legitimación al caso objeto de estudio, la sala de la Corte Constitucional consideró que el requisito de legitimación se cumple, ya que:

Si se habla de legitimación por activa, se observa que la señora Dora Patricia Ramírez Monsalve instauró la acción de tutela en nombre propio al considerar transgredidos sus derechos fundamentales al trabajo, la estabilidad laboral reforzada, la seguridad social, el fuero de maternidad y la confianza legítima (Corte Constitucional, T-043, 2020).

Por otro lado, la legitimación por pasiva también se cumple, ya que “el mecanismo de amparo fue promovido en contra de la Corporación Educa S.A.S (Universo Mágico Kindergarten), la cual contrató a la accionante para que fungiera como docente del grado escolar de pre-jardín en una de sus sedes” (Corte Constitucional, T-043, 2020).

Siguiendo con el examen de los requisitos de procedibilidad, el de inmediatez se configura expresamente a partir del artículo 86 de la Constitución Política cuando establece que “cualquier persona podrá interponer acción de tutela en todo momento”. Sin embargo, parte de la premisa que se haya vulnerado un derecho fundamental. En igual sentido, lo expresa el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991. Para hacer uso de dicho instrumento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que, aunque se trate de la vulneración de un derecho fundamental, “su interposición debe hacerse dentro de un plazo oportuno y justo”, el cual debe ser “contado a partir del momento en que ocurre la situación transgresora que amenaza las garantías fundamentales” (Corte Constitucional, T-887, 2009).

De acuerdo con lo anterior, la accionante señaló que el 24 de enero de 2019 tuvo conocimiento de que su contrato no sería nuevamente suscrito, y el 5 de marzo de 2019 promovió la acción de tutela luego de haber acudido a la oficina del trabajo municipal, en la cual no se le brindó el acompañamiento jurídico pertinente que le permitiera conocer el procedimiento tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de su derecho a la estabilidad laboral reforzada y los conexos que resultaron vulnerados. En este sentido, dado el mes y medio que transcurrió entre las dos fechas, la Sala consideró razonable acudir al mecanismo de amparo.

De igual manera, bajo el requisito de subsidiaridad la sentencia indica “que la persona antes de acudir al mecanismo de tutela debe haber desplegado todas las herramientas e instrumentos establecidos en el ordenamiento legal para la solución de su controversia jurídica” (Corte Constitucional, T 043, 2020). Esta situación también se presentó en este caso concreto, cuando la señora Dora Patricia Ramírez acudió en primera instancia a la oficina del inspector de trabajo del municipio de Chía para iniciar su proceso de manera ordinaria; sin embargo, como no podía ser atendida inmediatamente en proporción a su situación, y para así evitar un perjuicio irremediable, la señora decide interponer acción de tutela en aras de la protección de sus derechos fundamentales. Por consiguiente, la Corte Constitucional ha señalado que:

Aunque la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro laboral y el pago de acreencias derivadas de un contrato de trabajo, “en los casos en que el accionante sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección preferente (Corte Constitucional, T-043, 2020).

Asimismo, la Corte en la sentencia SU 075 de 2018 menciona que dicho mecanismo de acción preferente “se justifica en la necesidad de un mecanismo célere y expedito que permita dirimir esta clase de conflictos, en los cuales se vea inmerso un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de la madre gestante” (Corte Constitucional, Sentencia SU-075 de 2018).

Tampoco debe perderse de vista que el trabajo, entendido como fuerza laboral, es considerado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional “como un instrumento que permite al individuo obtener los recursos necesarios para procurarse una vida digna y, a su vez, como mecanismo de realización personal y profesional” (Corte Constitucional, C-539, 2014).

Teniendo en cuenta la anterior argumentación, la Sala consideró que la vía ordinaria no resultó idónea ni efectiva en el caso objeto de estudio por las siguientes razones:

(i) Son sujetos de especial protección constitucional: madre lactante y un recién nacido (sin olvidar que al momento de instaurar la acción amparo, la accionante se encontraba en estado de gestación); (ii) el problema jurídico a resolver gira en torno a la presunta ocurrencia de un acto discriminatorio en contra de una mujer por el hecho de encontrarse en estado de gestación, lo cual requiere efectuar un análisis desde el punto de vista constitucional y, (iii) en caso de hallarse que efectivamente ocurrió una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación, la acción de tutela resultaría ser el mecanismo idóneo para garantizar la protección de los derechos lesionados (Corte Constitucional, T-313, 2017).

La Corte concluyó que el hecho de que la accionante se encontrara en estado de embarazo influyó en la decisión institucional de no suscribir un nuevo contrato con la docente para el 2019, puesto que antes de que se conociera que la accionante se encontraba en estado de gestación, ya había realizado actos tendientes a suscribir un nuevo vínculo laboral, más allá de una mera expectativa, con lo que se reafirmaría que Jardín Universo Mágico constituyó así un acto excluyente e injustificado que vulneró el derecho constitucional a la igualdad y no discriminación.

Con este fallo, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho a la igualdad y no discriminación en contra de las mujeres a través de la garantía de protección del fuero de maternidad, que se constituye para “impedir la discriminación que, a raíz del embarazo, pueda sufrir la mujer, específicamente la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión de esa condición o de la lactancia”, asimismo, esta instituido para evitar que la discriminados de las mujeres en estado de gestación y lactancia. (Corte Constitucional, SU-075, 2018).

8. Conclusión

La Sentencia T-043 de 2020 ocupa un papel muy importante en el marco investigativo de corrección constitucional, porque define un panorama de orden social en favor de la mujer gestante, concibiendo así mismo la maternidad como expresión genuina de intimidad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, que exige que se proteja de todo acto discriminatorio que resulte contrario a las disposiciones constitucionales trazadas en un Estado social de derecho.

Por lo anterior, la no renovación del contrato por parte de la entidad accionada carece de los criterios objetivos razonables contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo, que para este caso concreto pudieron justificarse en un mal desempeño académico o profesional de la accionada, pero como esta situación no se presentó, se puede concluir que la no renovación obedeció a un criterio exclusivo por su estado de gravidez, cuya carga prestacional pretendía omitir la institución, lo cual genera una vulneración sistemática al derecho al trabajo, la dignidad y la confianza legítima.

En suma, la defensa de la vinculación laboral que exige la Corte Constitucional para este tipo de situaciones especiales pone en evidencia que en un Estado social de derecho las decisiones inspiradas exclusivamente en una racionalidad económica para abaratar gastos en favor de la rentabilidad y la sostenibilidad financiera de una entidad, terminan con el sacrificio de la esfera básica de la dignidad de una persona. Además, desconocen que una mujer está en capacidad de articular sus funciones laborales como profesional idónea con su vida personal como mujer y pareja, con lo que sostiene el tejido de la familia y de la sociedad.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará». Ley 24.632. 1 de abril de 1996. Belem Do Para, Brasil. <https://www.te.gob.mx/transparencia/media/files/cf83ab8278fbda.pdf>
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-470. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero: 25 de septiembre de 1997. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia T-632. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto: 15 de agosto de 2007. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2009). Sentencia T-887. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo: 1 de diciembre de 2009. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-041. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva: 31 de enero de 2014. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2014). Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 20 de agosto de 2014. Bogotá, Colombia.

- Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-320. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos: 21 de junio de 2016. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-313. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo: 11 de mayo de 2017. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-030. Magistrado Ponente: José Fernando Rey Cuartas: 12 de febrero de 2018. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia SU-075. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado: 24 de julio de 2018. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2020). Sentencia T-043. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas: 10 de febrero de 2020. Bogotá, Colombia.
- Presidencia de la República. (1950). Decreto 2663. Código Sustantivo del Trabajo [CST]. (7 de junio de 1951). Diario Oficial 274072. Bogotá, Colombia.
- Presidencia de la República. (1991). Decreto <Ley> 2591. [Departamento Administrativo de la Presidencia de la República]. Diario Oficial 40165. Bogotá, Colombia.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>