



Universidad de Nariño

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS



Leopoldo López Álvarez

Revista Científica

CODEX

Vol. 5 N° 8 Año 2019
ISSN: 2463-1558
ISSN-E: 2463-2031



Universidad de Nariño

FUNDADA EN 1904

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista Científica
CODEX

Volumen 5 N° 8 - 2019

ISSN: 2463-1558

ISSN-E: 2463-2031

Revista Científica CODEX

Volumen 5 N° 8 Año 2019

CARLOS SOLARTE PORTILLA

Rector Universidad de Nariño

MARTHA SOFÍA GONZÁLEZ INSUASTI

Vicerrectora Académica

DIRECTOR - EDITOR

LEONARDO A. ENRÍQUEZ MARTÍNEZ

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas

**DIRECTOR CENTRO DE
INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS
SOCIOJURÍDICOS - CIESJU**

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

**DIRECTORA GRUPO DEJURE
Derecho, Justicia y Región**

AURA ISABEL GOYES MORENO

Doctora en Ciencias de la Educación Universidad de Nariño- RudeColombia. Magister en Derecho Universidad Nacional, Magister en Dirección universitaria Universidad de Los Andes, Magister en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Abogada y docente de tiempo completo de la Universidad de Nariño.

**DIRECTOR GRUPO CEJA
Centro de Estudios Jurídicos Avanzados**

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad de Nariño.

COMITÉ EDITORIAL

MIEMBROS EXTERNOS:

EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO

Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado. Doctor en Derecho Universidad Alfonso X el Sabio. Docente de la facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA

Abogado. Investigador, docente universitario en pregrado y posgrado, litigante en materia de derecho administrativo y constitucional. Director de la Revista Academia & Derecho, indexada por Colciencias. Miembro activo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP y el Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional CCDPC.

GABRIELA PRADO PRADO

Profesora de Derecho Económico de la Universidad de Atacama, experta en integración europea. Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca.

GAMAL MOHAMMANT ATSHAN RUBIANO

Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Derecho Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Financiero, Cambio y Bursátil; Derecho Procesal y Derecho Probatorio de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes.

MIEMBROS INTERNOS**JUAN CARLOS LAGOS MORA**

Doctor en Ciencias de la Educación. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño

MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN

Magíster en Derecho y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño

**OMAR ALFONSO
CÁRDENAS CAYCEDO**

Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad de Nariño

**COMITÉ CIENTÍFICO
MIEMBROS EXTERNOS****GUSTAVO GARCÍA BRITO**

Director del área de comercio exterior del Bufete Corral Rosales y Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito, Ecuador. Magister en Derecho Internacional Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar. Ex secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

TERESA REYES ASPILLAGA

Título Profesional de Abogado, otorgado por la Iltma. Corte Suprema. Magister en Investigación en Educación por la Universidad Autónoma de Barcelona.

ROBERTO MOLINA PALACIOS

Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

ALEXANDER SÁNCHEZ PÉREZ

Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado, Docente de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Público de la Universidad Paris II.

MONITORA**ISABEL RAMIREZ VILLOTA**

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño

APOYO

GRAFICOLOR PASTO SAS
SEBASTIÁN A. GARCÍA CAICEDO
AURA C. TORRES B.
JESICA DELGADO S.

FILIACIÓN INSTITUCIONAL**Universidad de Nariño**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Calle 18 Cr. 50. Ciudadela universitaria
Torobajo, Bloque D,
Facultad de Derecho.

<http://derecho.udenar.edu.co>

email: derecho@udenar.edu.co

Página web revista:

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

email revista: rcodex@udenar.edu.co

Teléfono: (+57) 602 7315438

Vol. 5 N° 8. Año 2019

Portada

Homenaje al Maestro LEOPOLDO LÓPEZ
ÁLVAREZ

Óleo sobre lienzo

Autor: Solarte 1954

CIESJU

Foto: Cristhian A. Pereira Otero

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
GRUPO DE INVESTIGACIÓN - CEJA
CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS
UNIVERSIDAD DE NARIÑO**

DEFINICIÓN DE LA REVISTA

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La revista se publica con una periodicidad declarada SEMESTRAL, con artículos presentados en español, inglés y francés. La revista CODEX se divulgará en físico y en versión electrónica.

ISSN: 2463 - 1558
ISSN-E: 2463 - 2031

Lugar de edición: San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

ENTIDAD EDITORA

Universidad de Nariño
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Grupo CEJA - Centro de Estudios Jurídicos
Avanzados

Página web: www.udenar.edu.co
derecho.udenar.edu.co

VERSIÓN ELECTRÓNICA

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

**DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO
ELECTRÓNICO**

Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

Correo electrónico:

rcodex@udenar.edu.co

Nota sobre las direcciones: La dirección postal y el correo electrónico corresponden al contacto de la administración de la revista, pudiendo dirigirse a éstas para efectos de solicitud de suscripciones, canjes, envío de trabajos, acciones de seguimiento, entre otras.

SISTEMA DE ARBITRAJE

Los artículos se someten al proceso de arbitraje con dos pares externos a la entidad editora, bajo el sistema de doble ciego. Los árbitros otorgan calificación numérica a los ítems exigidos y clasifican los más altos puntajes. Posteriormente el Comité Editorial revisa la calidad científica, la pertinencia del artículo y selecciona los artículos a publicar. El procedimiento se explica en el instructivo para autores.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión.

Las directrices pueden consultarse en:
http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange. Email: rcodex@udenar.edu.co y en la dirección postal.

CONTENIDO

EDITORIAL	9
EL DERECHO NACIENTE SOBRE AQUELLO QUE AÚN NO HA NACIDO. UNA REFLEXIÓN SOBRE EL DESARROLLO JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE CONTROL Y DISPOSICIÓN DE LOS PRE-EMBRIONES	11
Daniela Alejandra Eraso Urbano	
ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA DENTRO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS OCASIONADOS POR “PRODUCTO DEFECTUOSO”	39
Sandra Fuenmayor Ramírez	
LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN EL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA: REVISIÓN DE SUS PROPUESTAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA.....	75
Ximena Idrobo Obando	
INDICE DE AUTORES.....	94
COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO.....	95
MIEMBROS EXTERNOS	95
MIEMBROS INTERNOS.....	96
INSTRUCCIONES PARA AUTORES.....	97
SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA.....	107
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA.....	108

EDITORIAL

HOMENAJE A LEOPOLDO LÓPEZ ÁLVAREZ

Para principios del siglo pasado, uno de los importantes humanistas y maestros de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño fue el doctor Leopoldo López Álvarez, destacado jurista, historiador y literato de la región. El maestro López Álvarez, se formó como abogado en la Universidad de Nariño en 1918, se desempeñó en el ejercicio de la judicatura como juez de la república y magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de la misma manera incursionó en la academia como profesor de Historia del derecho y de derecho civil general en nuestra casa de estudios, sus impecables y juiciosas investigaciones de historia le permiten formar parte de los selectos círculos intelectuales como son: el Centro de Historia de Pasto, la Academia Nacional de Historia y la Sociedad de Americanistas de París.

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas cuna de grandes maestros, fue el lugar para que el intelectual Leopoldo López Álvarez, pudiera hacer converger los saberes y las disciplinas humanistas de la historia, las letras y el derecho, en ese propósito adelantó una tarea quijotesca de traducción del griego al castellano de importantes obras clásicas como son: la Eneida, Las Églogas y Geórgicas de Virgilio (1936), La Ilíada, La Odisea, Los Himnos de Homero (1938) y las Siete Tragedias de Esquilo (1939) de la misma manera obras de investigación histórica entre las que se destacan: La Batalla de Cuaspud, Los Clavijos, y Voces Quichuas en Nariño entre otras.

En reconocimiento a su brillante trayectoria como humanista, el doctor Leopoldo López Álvarez recibió múltiples condecoraciones, como fueron: la Cruz de la Orden de Boyacá, 1939; Medalla de Oro de la Gobernación de Nariño, 1937; Medalla Cívica del municipio de Pasto, 1937 y el reconocimiento del Congreso de Colombia que honró su memoria mediante la Ley 96 de 1940. Otros de los tributos para su vida y obra, es la denominación con su nombre del centro cultural del Banco de la República y de la institución educativa en el municipio de Colón,

en el norte del departamento de Nariño. Por ello con gran satisfacción su retrato engalana la portada de la revista Codex en esta edición.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, rinde homenaje al gran jurista Leopoldo López Álvarez, uno de los destacados exponentes del derecho, la historia y las letras de inicios del siglo pasado, egregio humanista, gran intelectual de la región para el país y el mundo, protagonista del pensamiento humanista en los albores de la alma mater nariñense, y de los inicios de la vida institucional del departamento de Nariño en la República de Colombia.

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

Docente Tiempo Completo - Director CIESJU

Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Nariño

EL DERECHO NACIENTE SOBRE AQUELLO QUE AÚN NO HA NACIDO. UNA REFLEXIÓN SOBRE EL DESARROLLO JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE CONTROL Y DISPOSICIÓN DE LOS PRE-EMBRIONES

Daniela Alejandra Eraso Urbano¹

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2018

Fecha de aceptación: 15 de enero de 2019

Referencia: ERASO URBANO, Daniela (2019). *El derecho naciente sobre aquello que aún no ha nacido. Una reflexión sobre el desarrollo jurídico de los contratos de control y disposición de los pre-embriones*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 5. Núm. 8.

Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: Día a día las ciencias médicas presentan nuevos y constantes desafíos para los operadores jurídicos, particularmente en el campo de las Técnicas de Reproducción Asistida, donde los esfuerzos legislativos y jurisprudenciales por crear parámetros de vigilancia que protejan a los intervinientes en estos procedimientos, son prácticamente nulos, dejando en evidencia consistentes vacíos legales, entre los cuales destaca el relativo a los conflictos de voluntad sobre el destino de los embriones sobrantes, cuyas disputas generalmente se causan en una separación conyugal o divorcio.

Un breve recorrido sobre la normatividad colombiana al respecto demuestra que estos conflictos no tienen una solución definitiva, muy a pesar de que fenómenos médicos como la Fecundación In Vitro lleven décadas en uso. Afortunadamente, varias jurisdicciones alrededor del

1. Abogada, egresada de la Universidad de Nariño. Correo: erasourbano@gmail.com

mundo ya se han pronunciado al respecto, como las Cortes de Apelación y de Distrito de los Estados Unidos que, en razón a sus precedentes judiciales sentados desde el año 1992 y ante de la insuficiente regulación jurídica en Colombia, servirán de guía para prevenir y resolver conflictos derivados de estos procedimientos.

Palabras clave: Fecundación in vitro, reproducción asistida, pre-embrión, criopreservación

ABSTRACT: Every day medical sciences present new and constant challenges for legal operators, particularly in the field of Assisted Reproduction Techniques, where the legislative and jurisprudential efforts to create protection parameters that protect the participants in these procedures are practically null, leaving in evidence consistent legal gaps, among which stand out the conflicts of will over the fate of the surplus embryos, whose disputes are usually caused in a conjugal separation or divorce.

A brief overview of the Colombian regulations in this regard shows that these conflicts do not have a definitive solution, despite the fact that medical phenomena such as In Vitro Fertilization have been in use for decades. Fortunately, several jurisdictions around the world have already pronounced themselves in this regard, such as the Courts of Appeal and the District of the United States which, because of subsequent cases since 1992 and before the lack of legal regulation in Colombia, will be of guidance to prevent and solve the problems derived from these procedures.

Key words: In vitro fertilization, assisted reproduction, pre-embryo, cryopreservation.

1. INTRODUCCIÓN

Desde su creación, las Técnicas de Reproducción Asistida han brindado un portafolio de opciones para el tratamiento de la infertilidad, entre ellos, el procedimiento de fecundación in vitro o (FIV), el cual se ha convertido en una gran alternativa para la población colombiana afec-

tada por infertilidad primaria² o secundaria³, y también para aquellos hombres y mujeres que han decidido postergar la paternidad en aras de su desarrollo profesional o que por distintos motivos aún no lo ven como una posibilidad presente. Este tratamiento consiste en un proceso de fecundación realizado en una placa de laboratorio que da como resultado la creación de varios cigotos, de los cuales, algunos serán trasladados al útero materno y otros se preservarán congelados en nitrógeno líquido como una medida preventiva en caso de que el primer intento de embarazo sea fallido (Lara & Naranjo, 2007). Este método ha llevado al derecho a una encrucijada, pues si bien existen acuerdos entre los donantes y la clínica donde se regulan los servicios prestados, como el tiempo y la forma de almacenamiento de los preembryones, ¿qué ocurre si este no prevé un cambio de opinión entre las partes sobre el futuro de los embryones excedentes? y ¿de acuerdo a qué criterios se debe resolver este conflicto?

Como menciona la profesora Helene Shapo, esta cuestión “presenta retos especiales al proceso judicial aun cuando históricamente las cortes han tenido experiencia en aplicar la razón a las situaciones más emocionales” (Shapo, 2002, pp. 75-104). Esta afirmación es particularmente cierta en Colombia donde no existen leyes claras y específicas que establezcan, por ejemplo, condiciones para que uno de los miembros de la pareja pueda retirar su consentimiento para la transferencia uterina de los embryones o determinar sus destinos y “naturalmente, al no prever la hipótesis específica del conflicto entre los padres, las leyes no podrán consagrar soluciones” (Gabardi, 2010).

Es por ello que el presente artículo surge como una respuesta a la tardanza de la jurisdicción colombiana en adoptar una legislación efectiva para prevenir y solucionar estas discrepancias.

Para ello, se analizará la normatividad existente sobre la materia en el país con el fin de conocer cuál es el escenario actual de la situación e identificar sus problemas, posteriormente procederemos a hacer un recorrido por la jurisprudencia estadounidense buscando conocer cuáles son las principales problemáticas que se derivan de los contratos de control y disposición de los preembryones y sus posibles soluciones.

2. “Se habla de infertilidad primaria cuando la mujer luego de un año de relaciones sexuales continuas sin protección no logra quedar en embarazo” (Luna F, 2013, pp. 2).
3. La “infertilidad secundaria” alude a aquella derivada de las secuelas por infecciones o abortos inseguros (Luna F, 2013, pp. 2).

Por último, concluiremos realizando una guía para la creación de estos acuerdos teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico vigente tanto en Colombia como en Estados Unidos, que permita brindar a los centros de reproducción asistida, los donantes y la población en general unas pautas para la correcta creación y consecuente ejecución de los contratos de control y disposición de preembriones.

2. El rol normativo y jurisprudencial en la regulación del contrato de control y disposición de preembriones.

2.1 ¿Sobre qué tipo de contrato estamos hablando?

Las constantes transformaciones sociales y económicas han presentado retos para el derecho al dejar rezagadas las formulas sacramentales de los contratos por figuras más rápidas y ágiles que permitan mayor eficiencia en las transacciones que se realizan día a día. Este fenómeno ha provocado el surgimiento de nuevos contratos que buscan regular situaciones socialmente relevantes que por su rápida innovación no han sido incorporadas en una determinada legislación, tal es el caso de los contratos de control y disposición embrionaria los cuales tienen una característica particular y es que pueden configurarse de dos formas. La primera de ellas donde existe un solo documento que rige, tanto la prestación del proceso de fecundación in vitro entre los donantes y la clínica, como la disposición entre los donadores sobre el material genético, en este caso el contrato adquiere la tipología de principal pues no depende de ningún otro documento normativo para existir. El segundo modelo parte de la existencia de dos documentos, el primero que solo se limitará a gobernar la prestación del servicio de reproducción asistida y el segundo que gobernará la relación entre los donantes al respecto del destino del material genético a utilizar. En este caso el segundo documento se convierte en un contrato accesorio del primero, pues sin la prestación del servicio de reproducción asistida el contrato de disposición de preembriones no será ejecutable en ningún momento.

Ahora bien, ambos tipos de contratos comparten una misma tipología como se explica a continuación:

- a) Bilateral: Según el artículo 1496 del Código Civil Colombiano ocurre cuando las partes se obligan recíprocamente, en este caso a donar células sexuales con el fin de crear preembriones.

- b) Gratuito: el artículo 1497 del Código Civil Colombiano define ambas categorías así: el contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.
- c) En otras palabras, en el primero una o ambas partes no esperan una contraprestación a cambio del cumplimiento de su obligación, en tanto que, en la segunda categoría se espera determinada utilidad para una o ambas partes. El contrato de control y disposición embrionaria en principio se constituye como un acuerdo gratuito ya que teniendo en cuenta que busca la obtención de células reproductivas en algunos casos una pareja puede acceder a su extracción y posterior uso sin necesidad de una contraprestación más que la satisfacción de comenzar el procedimiento de fecundación in vitro, sin embargo, existen casos donde serán terceros quienes aporten las células sexuales a cambio de una contraprestación susceptible de valoración monetaria, como cubrir los gastos de salud derivados de esta intervención o cualquier obligación en beneficio de sí mismo, en ese caso, se convertiría en Oneroso.
- d) Conmutativo: En los procedimientos de fecundación in vitro, surge la obligación de ambas partes de permitir la extracción de células sexuales, sea óvulos o espermatozoides, para la creación del prembrión o cigoto. De lo cual podemos afirmar que son prestaciones equivalentes o lo que cada una debe hacer, lo cual cumple la premisa dispuesta por el artículo 1498 del Código Civil Colombiano para clasificar a los contratos como conmutativos. Cabe resaltar que su resultado puede considerarse como aleatorio, puesto que a pesar de la correcta técnica médica y los cuidados particulares es usual que los preembiones no se desarrollen en el proceso de implantación, es más como se mencionó anteriormente en el proceso de fecundación in vitro se buscan fertilizar células excedentes con el fin de tener varias oportunidades para llegar al embarazo.
- e) Principal o Accesorio: Según la estructura a elegir por conveniencia de las partes.

- f) **Consensual:** se perfecciona con el consentimiento libre y espontáneo de las partes de autorizar la extracción de células reproductivas con el fin de llegar a la paternidad.

Es importante mencionar que estos contratos operan en medio de una laguna jurídica⁴, pues en Colombia no cuentan con una legislación específica que estipule las prestaciones, responsabilidades y obligaciones entre las partes como veremos a continuación.

2.2 La fecundación in vitro en la normatividad colombiana

Es un hecho innegable que la fecundación in vitro ha generado una revolución científica alrededor del mundo⁵ que ha permitido garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las personas. Particularmente en Colombia la Corte Constitucional⁶ y “la doctrina ha considerado que las técnicas de reproducción asistida dentro de las cuales se encuentra la Fecundación In Vitro están legitimadas en virtud del artículo 42⁷ de la constitución” (López & Amado, 2014). Esta acogida ha provocado el surgimiento de numerosas clínicas especializadas en estos servicios⁸ a lo largo y ancho del país. A pesar de lo anterior, el poder legislativo no se ha interesado en crear una suerte de delimitación legal sobre el ejercicio de este procedimiento y mucho menos sobre el derecho de disponer de los preembriones congelados, pues sus intentos en reglamentar asuntos relacionados a las técnicas de reproducción asistida, se han quedado en eso, solo intentos:

- Proyecto de Ley número 45 de 2000, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida,
- Proyecto de Ley número 029 de 200, por la cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos

4. Para autores como Bobbio existe laguna “cuando en un determinado ordenamiento jurídico falta una regla a la cual el juez pueda referirse para resolver una determinada controversia”. Tomado de “Las lagunas del derecho” de José Vicente Ávila citando a BOBIO, N., “Lacune del diritto” en *Novissimo Digesto italiano*, Turín, 1963, Utet, vol. IX, p. 418.

5. “Las tecnologías de reproducción asistida han generado una “revolución reproductiva” alrededor del mundo (...) De acuerdo a la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) desde el nacimiento de Louise Brown en 1978, la primera persona concebida utilizando la tecnología de reproducción asistida, se estima que 3,75 millones de niños han sido concebidos como resultado de la fecundación in vitro” (Herrera & Hevia, 2012).

6. En Sentencia T 968 de 2009 se establece que “en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos”. Es más, considera que en Colombia la utilización de técnicas de reproducción asistida es una práctica en auge que permite garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las personas (Corte Constitucional, Sentencia T - 968 de 2009).

7. Constitución Política de Colombia [C.P] art. 42: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

8. Solo en la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, también llamada “RedLara” existen trece clínicas alrededor de todo el territorio nacional prestando los servicios de reproducción asistida y fecundación in vitro.

y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones,

- Proyecto de Ley número 100 de 2003 Cámara, por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones,
- Proyecto de Ley número 64 de 2005 Cámara, por medio de la cual se permite el aborto en Colombia cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas,
- Proyecto de Ley 109 de 2013 o “Ley Sara” por medio de la cual se reconoce la infertilidad como enfermedad y se establecen criterios para su cobertura médico asistencial por parte del sistema de salud del Estado,
- Proyecto de Ley 55 de 2015 o “Ley Lucía” por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial y se dictan otras disposiciones.

Ante esta patología jurídica de dejar los fenómenos sociales y científicos sin respuestas legales, el derecho ha contemplado herramientas argumentativas que permiten al operador judicial resolver cuestiones controvertidas en ausencia de normatividad directa aplicable. La más destacada entre ellas es la analogía normativa consagrada en el artículo 8 de la ley 153 de 1887, la cual, para el presente caso, nos permitirá conocer si en Colombia existe normatividad aplicable a los contratos de control y disposición embrionaria como se verá a continuación.

2.2.1 la analogía al rescate: En búsqueda de un marco normativo sobre la fecundación in vitro y el uso de los preembryones criopreservados en Colombia

Entre las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes podemos encontrar el recurso de la analogía el cual posibilita descubrir una obra normativa que permita colmar las lagunas legales a través de un análisis lógico dentro del cual, el principio o regla supuesto para determinada situación podrá extenderse a otro, siempre y cuando guarde semejanza con el primero. En este entendido podemos afirmar que las disposiciones creadas para regular la utilización de embryones y material genético destinados a la investigación científica constituyen la fuente jurídica principal para guiar los contratos de control y disposi-

ción de embriones congelados, pues ambos contratos convergen en la intención de donar y/o utilizar material genético para uso de las ciencias reproductivas, siendo así el motivo para realizarlo lo único que las diferencia; verbigracia, una pareja tiene la intención de donar sus cigotos con el fin de procrear, en tanto que otra puede donarlos por motivos meramente filantrópicos. Así las cosas, al configurarse dos escenarios homogéneos podemos, a través del recurso de analogía, realizar un recorrido normativo sobre la materia.

Para empezar esta tarea es ineludible abordar el Decreto 1546 de 1998, el cual regula lo relativo a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte y destino de componentes anatómicos, así como su trasplante e implante en seres humanos, el cual en su artículo 48 determina la autorización legal para la preservación de preembriones y tal como ha reconocido la Corte Suprema de Justicia:

Posibilita la criopreservación de preembriones y el correspondiente ajuste de contratos por parte de quienes anhelan utilizar sus servicios en materia reproductiva sirviéndose de los tratamientos de fertilización a través de preembriones congelados definitivos de todo lo correspondiente con la suerte del embrión y las posibles consecuencias por diferencias futuras en la pareja (Sentencia Corte Suprema de justicia, Sentencia STC 20614 - 2017).

Más aun este decreto establece que sólo se podrá proceder a la utilización de componentes anatómicos según lo estipulado en sus artículos 5 y 6, es decir, cuando exista consentimiento escrito del donante y se cumplan los siguientes requisitos:

- Ser mayor de edad y civilmente capaz al momento de expresar su voluntad;
- Que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente;
- No presentar alteración de sus facultades mentales que puedan afectar la decisión.

Ahora bien, en lo atinente a los prevención y resolución de conflictos sobre la disposición de los preembriones sobrantes en Colombia, no existe norma expresa o análoga que permita dar una solución al respecto, ha sido la Corte Suprema de Justicia quien ha tomado cartas en el asunto buscando garantizar y proteger a los ciudadanos a la hora que se involucran en las diversas dinámicas que se desprenden del empleo

de los avances científicos (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC 20614 de 2017) como veremos en el acápite siguiente.

2.2.2 La jurisprudencia en la escena de las técnicas de reproducción asistida

En materia de los derechos sexuales y reproductivos han sido las altas corte en Colombia quienes se han encargado de desarrollar desde su definición⁹ hasta su alcance¹⁰ estableciendo pautas y límites que permitan garantizar su ejercicio y el de otros derechos conexos tales como la libertad y la autonomía. En la materia que nos atañe la Corte Suprema de Justicia sostiene que de acuerdo al decreto 1546 de 1998 que a *grosso* modo posibilita la creación de prembryones y el correspondiente ajuste de contratos por sus usuarios:

Ha de expresarse que los acuerdos negociales de índole de marras, que no afecten los principios éticos básicos ni las refieran a ilicitudes, en principio, podrán servir para regular las relaciones entre las partes respecto a los términos plasmados en ellos. De donde surge que el consentimiento mutuo respecto al futuro de los embryones debe tener importancia, en presencia de controversias sobre qué hacer con tales en caso de diferencias irreconciliables y obliga a que en los convenios así realizados se tenga el cuidado de planear con suficiente claridad la totalidad posible de aspectos que prevengan un conflicto futuro (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. STC 20614-2017).

Además, agrega que, para resolver controversias relativas a la criopreservación de embryones es menester tener en cuenta que están en juego derechos humanos relacionados con la vida digna, la intimidad, el deseo de tener una familia, el bienestar de la sociedad y la igualdad por lo cual:

Podría decirse que la decisión frente a la suerte de los preembryones sobrantes debe descansar, en principio, en la pareja por ser ellos los aportantes, ya que, de consenso ejercen el derecho de reproducción. En caso de no existir acuerdo entre ellos serían los tribunales de justicia en cada situación, los que resolverán la controversia respectiva, utilizando la

9. La Corte Constitucional define como aquellos derechos que “reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción” (Sentencia T 732 de 2009).

10. La Corte Constitucional (sentencias T - 732 de 2009 y C-336 de 2008) y la Corte Suprema de Justicia (STC 20614 - 2017) han establecido que el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos no trae implícito como fin último la consecución de la reproducción o la paternidad, sino simplemente el ejercicio de la autonomía reproductiva, la cual es una parte fundamental del respeto por la dignidad humana, ya que su núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual. Así las cosas cada ciudadano tiene la posibilidad de elegir libremente sobre la posibilidad de procrear, cuando y con qué frecuencia, lo cual también incluye someterse a procedimientos de procreación científica.

ponderación y el análisis fáctico respecto a la posición jurídica concreta de los preembriones congelados” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. STC 20614-2017)

Cabe resaltar que en la mencionada manifestación jurisprudencial, si bien insta a los operadores judiciales a resolver los conflictos sobre la disposición de los preembriones, en Colombia los legisladores se han tardado en adoptar una normatividad que contemple cual es el proceso a seguir, como mencionó la Corte Suprema de Justicia la única herramienta con la que cuentan los jueces son los principios fundamentales de los contratos, que si bien son absolutamente necesarios para administrar justicia, su aplicabilidad puede llegar a ser subjetiva, lo cual no garantiza seguridad jurídica al momento de ponderar los derechos reproductivos y fundamentales de las partes en disputa. Por este motivo se analizará la jurisprudencia existente sobre este conflicto en ordenamientos jurídicos donde ya existe un precedente que permita hacer un bosquejo de su tratamiento y ayude a enriquecer el ordenamiento normativo vigente en Colombia. Para este fin se ha optado por el estudio de la jurisprudencia de las Cortes de Apelación y de Distrito de los Estados Unidos, toda vez que hasta la actualidad es la jurisdicción que ha abordado un mayor número de casos sobre el tema lo cual le ha permitido formar distintas posturas en cuanto a la adjudicación y solución de controversias sobre el destino de los preembriones.

2.3. Un salvavidas: Nuevos escenarios y técnicas argumentativas en la jurisprudencia norteamericana

Los Tribunales de Distrito y Apelación de los Estados Unidos se han enfrentado a la resolución de conflictos sobre el control y disposición de los preembriones excedentes desde mucho antes que la legislación Colombiana, aproximadamente desde 1992 cuando el Tribunal de Tennessee falló la sentencia *Davis vs. Davis*. Desde entonces han ido construyendo y complementando distintas posturas que permiten prevenir y solucionar estas controversias. Para estudiarlas es necesario conocer cuáles son las principales causas del conflicto en esta investigación.

2.3.1. Las fuentes del conflicto

Para analizar los conflictos de control y disposición de los preembriones se estudiaron 14 sentencias de distintas Cortes y Tribunales de apelación, de las cuales pudimos extraer que las principales causas de conflicto versan sobre:

- a. El objeto del contrato.
- b. La causa del Contrato
- c. La expresión del consentimiento

Los cuales se explicarán a continuación.

2.3.1.1. El objeto del contrato

En 1992 llegó a la Corte Suprema de Tennessee un proceso de liquidación de sociedad conyugal con una petición de custodia muy particular, pues no recaía sobre los posibles hijos habidos en el matrimonio si no sobre preembryones congelados que fueron obtenidos de un proceso de fecundación *in vitro* al cual se había sometido la pareja tiempo atrás para lo cual la ex pareja había donado material genético. Sin embargo, lo excepcional del caso no se detiene ahí, pues el fin de esta petición era totalmente contrario entre los demandados, el ex esposo Junior Davis solicitaba este derecho con el fin de destruir los preembryones en tanto que Mary Davis, la ex esposa, buscaba donarlos a una pareja fértil, en otras palabras, el demandante solicitó su destrucción y la demandada mantenerlos criopreservados para uso futuro (Supreme Court of Tennessee, 1992, Davis v. Davis).

Para la época en que se falló esta controversia, le criopreservación de embryones y la fecundación *in vitro* eran procedimientos novedosos que no contaban con ninguna disposición normativa o jurisprudencial en Norteamérica y mucho menos en el estado de Tennessee que permitiera analizar cuál de las partes tenía mejor derecho en el conflicto. Para desenredar esta situación el Tribunal abordó varias aristas. La primera de ellas fue desarrollar el derecho constitucional a la procreación estableciendo que este tiene dos dimensiones, una positiva que consiste en la búsqueda de llegar a la paternidad, y una negativa, donde se busca evitarla (Supreme Court of Tennessee, 1992, Davis v. Davis). La elección de cualquiera de ellas resulta del ejercicio del derecho fundamental a la autonomía personal que hace parte de la esfera personalísima del individuo por la potencialidad que tiene de alterar el plan de vida de cada persona de manera abrupta e irreversible, es por ello que solo el titular del mismo tiene la capacidad de decidir sobre este respecto sin intervención de terceros o el estado.

Ahora bien, el Tribunal continuó analizando que en el escenario donde una pareja decida someterse al proceso de fecundación *in vitro*, se supone que llegó a un acuerdo al respecto del ejercicio del derecho

a la paternidad en su esfera positiva. En ese entendido analizan una segunda arista la cual busca develar cual es el objeto de estos contratos, ya que de esta deducción se determinará cuál es el tipo de interés que representa el preembrión para las partes y permitirá analizar bajo qué criterios deben ser adjudicados en caso de que exista un conflicto.

Siguiendo esta línea la Corte Suprema de Tennessee (1992) resolvió que el interés sobre este tipo de contratos no gira en torno al derecho a la propiedad del material genético como tal, sino en el interés de disposición en la medida en que, los donantes tienen autoridad para tomar decisiones con respecto a la disposición de los preembriones en el marco de la ley. En ese entendido el objeto de estos contratos no gira alrededor de cómo o cuánto tiempo almacenar el material genético, si no si las partes buscan convertirse en padres¹¹, en otras palabras, el objeto contractual será llegar a la paternidad y la controversia que surja de estos acuerdos se analizará a la luz de este.

Esta delimitación del objeto contractual fue reiterada en casos posteriores como *Kass Vs. Kass* (New York Court of Appeals, 1998), *J.B. Vs. M.B.* (Supreme Court of New Jersey, 2001) y *A.Z Vs. B.Z* (Supreme Judicial Court of Massachusetts, 2000) en esta última se agregó que toda discusión sobre el control de los preembriones no responderá sobre el tratamiento que la ley les da, si no sobre el acuerdo de las partes, es mas, en la sentencia *In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle*, la Corte de Apelaciones del Estado de Oregón (2008) declaró que de este objeto surge el derecho de disposición sobre los preembriones del cual son titulares los donantes y este derecho hace parte del patrimonio de las partes, lo cual lo hace susceptible de división y adjudicación¹².

En resumen se puede decir que la paternidad como objeto contractual otorga la titularidad del derecho de disposición de los preembriones en cabeza de los donantes de células reproductivas el cual ingresa a sus patrimonios y lo hace susceptible de adjudicarse. Esta situación visibiliza la necesidad de crear una normatividad que guie la creación de los acuerdos de control y disposición embrionario, ya que rara vez la división del patrimonio involucra un conflicto profundamente emocional y a pesar de la idea de que algunas propiedades son únicas y significativas

11. Cfr. "that preembryos are not, strictly speaking, either "persons" or "property," but occupy an interim category that entitles them to special respect because of their potential for human life. It follows that any interest (...) in the preembryos in this case is not a true property interest. However, they do have an interest in the nature of ownership, to the extent that they have decision-making authority concerning disposition of the preembryos, within the scope of policy set by law" (Davis v. Davis, 2002).

12. "the contractual right to possess or dispose of the frozen embryos is personal property that is subject to a "just and proper" division" (In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle, 2008).

para cada persona, la decisión de adjudicar una propiedad particular a una de las partes generalmente puede considerarse una decisión que se mide en última instancia según el valor monetario (o equivalente). Lo cual no puede verse razonablemente en el caso que nos ocupa, puesto que es una decisión que tiene la potencialidad de crear un gran impacto en la vida de las partes. En ese entendido ni siquiera la normatividad que controla la distribución justa y adecuada de los bienes en un proceso de disolución conyugal podrá ofrecer ayuda en estos casos¹³, es por ello que surge la necesidad de crear una normatividad integral que tenga en cuenta la casuística y la multiplicidad de situaciones que pueden presentar los involucrados con el fin de prevenir y guiar a los jueces al momento de abordar estos conflictos.

Ahora bien, conociendo lo dificultoso y a veces extenuante de un proceso legislativo, una solución alternativa sería el reconocimiento de los acuerdos previos de control y disposición como un requisito obligatorio para los usuarios de los procesos de fecundación in vitro, pues a falta de normatividad, el contrato se convertirá en ley para las partes donde se condensan directivas anticipadas que permitirán minimizar malentendidos y maximizar las garantías del ejercicio del derecho a la autonomía para procrear. Además, saber que existen disposiciones susceptibles de ejecutarse en distintos escenarios resalta la seriedad e integridad del proceso de formación del consentimiento pues en primera medida son los donantes y futuros padres, no el Estado y ni los tribunales, quienes por su propia voluntad hacen este tipo de elecciones de vida profundamente personales.

2.3.1.2. La causa y la expresión del consentimiento como condiciones fundamentales de la ejecutabilidad del contrato

Para abordar este acápite es necesario comenzar diferenciando dos conceptos que usualmente son asemejados entre sí: el objeto¹⁴ y la causa¹⁵

13. "The division of property rarely gives rise to this level of deeply emotional conflict and, notwithstanding the idea that some properties are unique and personally meaningful, a decision to award particular property to a party generally can be considered to be a decision that is ultimately measured in monetary (or equivalent) value. A decision about the contractual right to direct the disposition of embryos cannot reasonably be viewed that way, as the parties appear to agree. As such, our case law controlling the just and proper distribution of property in a marital dissolution proceeding (...) offers little assistance in our task here. Nor can we identify any express source of public policy in our constitution, statutes, administrative rules, or elsewhere that could inform the distribution of property of this nature (Re Marriage of Dahl and Angle, 2008).
14. Explica el Doctor Jesús Vallejo Mejía "El código civil no se refiere de modo unívoco al objeto, sino que toma esta expresión en tres sentidos diferentes: A) Para referirse a la operación jurídica en que consiste cada contrato: la venta, el arriendo, el mandato etc. que es aquello que las partes se proponen obtener de él. B) Como objeto de la obligación que es la prestación que debe realizar la parte obligada y que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. C) Por último, es objeto de la cosa que se trata de dar, hacer o no hacer, según se sigue del artículo 1518 del Código Civil".
15. El Doctor Fernando Barrilero, en la Enciclopedia Jurídica Universal, expresa "en material de obligaciones y contratos, en derecho, causa es la representación del fin que determina a las partes a celebrar un negocio jurídico".

del contrato. El primero de ellos es todo aquello que se busca conseguir con el acuerdo o la prestación que debe cumplirse para este caso la paternidad, en tanto que, el segundo será el motivo que lleva a las partes a contratar, por ejemplo, la causa que me incita a comprar una revista será la de leerla, regalarla o quemarla, mientras que el objeto será el deseo de adquirir su propiedad mediante el pago de un precio. Así las cosas, el objeto del negocio está estrictamente delimitado para cada contrato en tanto que la causa podrá ser diversa. De acuerdo a esto si varía la causa existe la posibilidad de que ocurra lo mismo con su objeto. Entonces si ya no busco comprar la revista ya no habrá un contrato de compraventa o en caso de que este inmerso en uno se buscará deshacerlo.

Siguiendo esta lógica los contratos de control y disposición tienen como objeto la paternidad a partir del cual pueden subyacer muchas causas como cumplir el sueño de tener un hijo, crear una familia, salvaguardar la capacidad reproductiva para la posteridad, cumplir un contrato como el de maternidad subrogada, entre otros: ¿Pero qué sucede si esta cambia? A pesar de ello, ¿los jueces deberán seguir con la ejecución del contrato y llevar a término el material genético? ¿Quién será el titular del derecho de disposición en caso de que las partes ya no busquen el mismo objeto y qué se debe tener en cuenta para definirlo?

La primera manifestación que intentó resolver estas preguntas fue realizada por el Tribunal de Tennessee en el caso Davis vs. Davis (1992) que se ha venido narrando, donde las partes argumentaban en sus peticiones de adjudicación, que en el momento del divorcio ellos se encontraban en situaciones muy distintas en comparación al momento en que decidieron someterse al proceso de fecundación in vitro por lo cual no convergían en el objeto contractual, pues la demandante Mary Sue Davis se encontraba casada de nuevo y había trasladado su residencia a otra ciudad, en ese entendido, solicitaba la disposición de los embriones con el objeto de realizar un contrato de donación causado por evitar sentir que el esfuerzo realizado para su creación sería en vano. En cuanto a Junior Davis, se encontraba soltero, pero buscaba dar la orden de destruir el material genético argumentando que cualquier disposición que resulte en su gestación, como donarlos, le impondría una paternidad no deseada con todas sus posibles consecuencias tanto financieras como psicológicas que no se ve en la obligación de soportar.

En un primer momento el Tribunal de Tennessee (1992), buscó conocer si existía un acuerdo previo que contemplara contingencias futuras tales como el divorcio o el desacuerdo entre las partes que les permitiera guiar su decisión, sin embargo en el expediente no se encontró ningún anexo o alegato constituyente del mismo. Así las cosas el juez decidió analizar en conjunto la causa, el objeto del contrato, las posiciones de las partes, la importancia de sus intereses, la situación actual al momento del proceso de adjudicación y las cargas relativas que serán impuestas derivadas de cualquier decisión con el fin de situar la titularidad del derecho respetando con la mayor equidad posible. En este entendido plantearon el siguiente derrotero:

1. Con el fin de respetar las preferencias de los progenitores, deberá cumplirse el acuerdo previo entre las partes, aunque exista una disputa posterior al respecto.
2. En caso de que no exista un acuerdo previo, será necesario ponderar los intereses relativos de las partes en el uso o no de los pre embriones. Comúnmente en el caso en que la parte quiera evitar la procreación, esta decisión deberá prevalecer, siempre y cuando la otra parte tenga una posibilidad razonable de lograr la paternidad por medios distintos a la procreación científica, en caso de no ser así, se considerara como un argumento a favor del uso de los mismos.
3. Si una de las partes en disputa busca el control de la disposición de los gametos con la intención de simplemente donarlos a otra pareja, la parte objetante tendrá el mayor interés y este prevalecerá.

Si bien esta posición ha sido reiterada y reconocida por los tribunales norteamericanos, con posterioridad encontramos un segundo momento del desarrollo jurisprudencial, el cual podemos reconocer a partir de la sentencia *In Re Marriage of Witten* (Court of Appeals of Oregon, 2008), ya que en esta sentencia se expuso el reconocimiento de tres enfoques planteados para abordar estos conflictos, los cuales constituyen fórmulas de arreglo utilizados en la jurisprudencia. Cabe resaltar que el uso de estas teorías aún se discute hasta la actualidad atrayendo adeptos y contradictores.

El primer método ha sido llamado Enfoque contractual o “the contractual approach”, el cual es el método más utilizado. Ha sido expresa-

do en sentencias como *Kass v. Kass* (New York Court of Appeals, 1998), *Davis V. Davis* (Supreme Court of Tennessee, 1992), *Litowitz v. Litowitz* (Washington Supreme Court, 2002), *Roman v. Roman* (Court of Appeals of Texas, 2006), *In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle* (Court of Appeals of Oregon, 2008) y *Szafranski v. Dunston* (Appellate Court of Illinois, 2015) y establece que los contratos celebrados al momento de someterse al procedimiento de fecundación *in vitro* que tengan relación con la disposición de los embriones criopreservados, serán válidos y consecuentemente ejecutables siempre y cuando no violen las políticas públicas. En caso contrario los acuerdos anticipados no tendrían propósito alguno si solo fueran ejecutables en el caso en que las partes siguieran de acuerdo y por otro lado, en la medida de lo posible, deberán ser los progenitores no el Estado o los tribunales, quienes por su acuerdo previo hacen esta elección de vida profundamente personal.

La Suprema Corte de Iowa hace las siguientes críticas a este enfoque:¹⁶

En primer lugar, las decisiones sobre la disposición de embriones congelados involucran derechos fundamentales, de tal importancia, que solo sus titulares tendrán el derecho a tomar decisiones al respecto, que vayan acordes a sus deseos, valores y creencias. Segundo, exigir a las parejas que tomen decisiones vinculantes sobre el futuro de sus embriones congelados ignora la dificultad de predecir eventos que alteran la vida, como la paternidad. En tercer lugar, condicionar la prestación del tratamiento de la infertilidad a la ejecución de acuerdos de disposición vinculante es coercitiva y cuestiona la autenticidad de la elección original de la pareja. Y Por último considera que el tratamiento de las decisiones de las parejas como contratos vinculantes socava valores importantes sobre las familias, la reproducción y la fuerza de los lazos genéticos (*Supreme Court of Iowa, 2003, In Re Marriage of Witten*)¹⁷.

Es más en la misma sentencia, la Corte explica esta teoría surge del derecho de los contratos, de donde si bien tiene la ventaja de obligar a las partes a cumplir lo previamente pactado aun cuando sus priorida-

16. In *Re Marriage Of Witten* se cita a Carl H. Coleman y su artículo "Procreative Liberty and Contemporaneous Choice: An Inalienable Rights Approach to Frozen Embryo Dispute."

17. "First, decisions about the disposition of frozen embryos implicate rights central to individual identity. On matters of such fundamental personal importance, individuals are entitled to make decisions consistent with their contemporaneous wishes, values, and beliefs. Second, requiring couples to make binding decisions about the future use of their frozen embryos ignores the difficulty of predicting one's future response to life-altering events such as parenthood. Third, conditioning the provision of infertility treatment on the execution of binding disposition agreements is coercive and calls into question the authenticity of the couple's original choice. Finally, treating couples' decisions about the future use of their frozen embryos as binding contracts undermines important values about families, reproduction, and the strength of genetic ties..." (*In Re Marriage of Witten, 2003*).

des cambian maximizando la agilidad de las transacciones comerciales, es inadecuada para gobernar la disposición del material genético, pues la potencialidad de crear vida con el tejido humano requiere que las parejas puedan tomar decisiones al respecto teniendo en cuenta pensamiento y valores actuales¹⁸ (Supreme Court of Iowa, 2003, In Re Marriage Of Witten)¹⁹.

Como respuesta a estas críticas surgió el **Test de equilibrio o ponderación también llamado “the balancing test”**, este enfoque fue desarrollado en las sentencias J.B v. M.B y Rever v. Reiss, el cual sostiene que en caso de falta de acuerdo entre las partes en cuanto a la disposición de los prembryones, será necesario evaluar los intereses y situaciones de ambas partes buscando encontrar quien tiene mejor derecho. Sin embargo, este test tiene un problema y es su inconsistencia, pues sus detractores sostienen que las políticas públicas no podrán inmiscuirse en la toma de decisiones de la esfera de derechos personales de las personas (Supreme Court of Iowa, 2003, In Re Marriage of Witten), lo cual incluye a las Cortes y Tribunales, al ser una esfera tan emocional e íntima, sin embargo esto es exactamente lo que pasa en el marco del Test de Proporcionalidad ya que son ellas, las Cortes, quienes deben sopesar los intereses relativos de las partes y decidir cuál será la disposición de los pre embryones cuando las partes no pueden ponerse de acuerdo.

Por último, encontramos el llamado **modelo del consentimiento mutuo contemporáneo o *the contemporaneous mutual consent model***, concepto analizado y aplicado por la Suprema Corte de Iowa (Sentencia In Re Marriage of Witten, 2003) y por la Corte de apelaciones para el Octavo Circuito (Sentencia Loeb vs. Vergara, 2015). Comparte una premisa subyacente con el enfoque contractual y es que las decisiones sobre la disposición de los embryones congelados pertenecen exclusivamente a la pareja que lo creó, toda vez que los intervinientes se encuentran en igualdad de condiciones. Siendo así, sus defensores proponen que ningún embrión debe ser utilizado si uno de los donantes cambia de opinión, en otras palabras, si uno de las partes rescinde

18. Entiéndase el término “decisiones actuales” como la posición que adopta una o ambas partes al respecto de continuar o no con el proceso de fecundación in vitro, teniendo en cuenta sus situaciones particulares.

19. “Binding a couple to a prior disposition agreement has its roots in contract law. The primary advantage of treating the disposition of preembryos as a contract dispute is that it binds individuals to previous obligations, even if their priorities or values change. This advantage, while maximizing the efficiency of commercial transactions, is ill-suited to govern the disposition of human tissue with the potential to develop into a child. The potential of the embryo requires that couples be allowed to make contemporaneous decisions about the fate of the embryo that reflect their current values” (In Re Marriage of Witten, 2003).

el acuerdo y el otro no, el principio de consentimiento mutuo no se cumpliría y la decisión de disposición previamente acordada no podría llevarse a cabo, así las cosas, la solución más apropiada consiste en mantener los embriones en su estado actual, es decir congelados o criopreservados. A diferencia de otras soluciones posibles como la adjudicación a una de las partes, la donación o su destrucción, el mantenimiento de los embriones congelados no es definitivo e irrevocable, el preservar su estado hace posible que las partes lleguen a un acuerdo en un momento posterior, permitiendo que estas decisiones que versan sobre asuntos tan emocionales y personales puedan ser reflexionadas y analizadas por las partes, con el fin de llegar a la decisión más adecuada, buscando evitar consecuencias irreversibles para toda la vida como son las que se derivan de la paternidad.

Una vez realizado este recorrido podemos decir que el análisis contractual y el enfoque de mutuo consentimiento si bien respetan las formalidades, en la cotidianidad no resultan ser las decisiones más prácticas; por un lado, si bien la firma de un contrato busca asegurar el cumplimiento de obligaciones en un futuro, en los acuerdos de disposición embrionaria hablamos de obligaciones que tienen la potencialidad de alterar el proyecto de vida de una persona, en ese entendido si apelamos al frío cumplimiento de las obligaciones siguiendo la línea más estricta y civilista los Tribunales estarían obligando a una persona a ingresar a una relación jurídica no deseada a través de una sentencia judicial. Ahora bien en cuanto a mantener en el mismo estado al material criopreservado, aunque pareciera una buena idea ya que busca que los involucrados lleguen a una decisión mancomunada, en la realidad solo extiende una situación que además de desgastante, puede llegar a ser irreconciliable entre las partes con todo el desgaste psicológico y económico que aquello implica, pues en la medida en que los involucrados no tomen una decisión los costos derivados de la preservación del tejido humano se seguirán generando. Por otro lado es importante recordar que el derecho de disposición embrionaria al ser considerado como parte del patrimonio de los donantes y consecuentemente propiedad también se rige por la famosa premisa nadie está obligado a permanecer indiviso.

Por lo previamente narrado se considera que el enfoque más razonable para solucionar los conflictos sobre la disposición de los preembriones es el test de proporcionalidad o *Balancing Test*, pues tiene en

cuenta la expresión del consentimiento, el motivo que llevó al acuerdo y las circunstancias presentes al momento del conflicto de cada una de las partes, lo cual conduce a un fallo equitativo donde si bien se respeta el derecho a cambiar de intención de los contratantes, también se honra la voluntad expresada y su situación particular, procurando evitar anular o lesionar de manera significativa la autonomía de la voluntad de los involucrados.

3.2.2. Recomendaciones para la correcta expresión del consentimiento de los contratos de control y disposición de preembiones.

Además de las propuestas y enfoques planteados, también encontramos a lo largo de las manifestaciones judiciales varias recomendaciones sobre los requisitos necesarios para que los acuerdos de control y disposición sean exigibles y validos entre los intervinientes, y de igual forma, sirvan de guía para los operadores judiciales al momento de tomar una decisión justa e imparcial. Estos aportes los hemos resumido en cinco aspectos:

Presunción de validez: A partir de las sentencias *Davis vs. Davis* (Supreme Court of Tennessee, 1992) y *Kass vs. Kass* (New York of Appeals, 1998) se considera que estos contratos con el solo hecho de surgir a la vida jurídica se presumen válidos y consecuentemente ejecutables, así las cosas, en caso de objetar su creación recaerá en quien alega esta situación probarlo.

- Expresión clara de la intención de las partes: Al momento de la suscripción del contrato, el acuerdo deberá ser una expresión absolutamente clara de la intención de las partes, de tal forma que cuando se requiera analizar palabras en particular, podrán ser consideradas en contexto a la luz de la obligación en su conjunto y la intención de las partes. (*J.B Vs. M.B. Supreme Court of New Jersey, 2001*).
- Firma de las Partes: Un requisito necesario para la configuración del consentimiento será la firma de los obligados de tal forma que la existencia del mero documento sin este requisito no constituirá una prueba válida para hacerlo exigible, por tanto en caso de un conflicto, se fallará de acuerdo a los hechos probados en el proceso, entregando la custodia al interviniente que aparente mejor derecho (*Court of Civil Appeals of Alabama, Cahill Vs. Cahill, 2000*). Solamente en caso de que

se aporte prueba en contrario de la voluntad expresada por las partes o que existan situaciones especiales de la pareja que merezcan especial atención por parte de los jueces al momento de tomar la decisión, el acuerdo será dejado como guía o prueba, para fallarse en base a las mencionadas particularidades. (Cahill Vs. Cahill (2000) retomando lo dicho por Kass Vs. Kass(1998)).

- Duración: todo acuerdo o formulario de consentimiento deberá consagrar su duración o tiempo de validez. A falta él, no se podrá suponer que los progenitores acordaron que dicho formulario regiría años después de su ejecución, especialmente ante un cambio fundamental de las circunstancias como es el divorcio. (Washington Supreme Court, 2002, Litowitz v. Litowitz) (Superior Court of Pennsylvania, 2012, Rever v. Reiss).
- Claridad: El lenguaje en un contrato debe ser exacto a menos que al hacerlo se altere la intención de las partes. Además se presumirá que la intención de los intervinientes fue darle un efecto a cada cláusula estipulada. (Court of Appeals of Texas, 2006, Roman v. Roman) Las contingencias que se busca contrarrestar deberán ser estipuladas con la mayor claridad posible de tal forma que de su lectura sea evidente la intención de las partes. Por ejemplo, no podrán asemejarse figuras como separación y divorcio ya que si bien tienen algo en común como lo es la distancia de la pareja, el divorcio termina una relación jurídica, por ello, no será posible concluir que un acuerdo que contenga una contingencia destinada a regir cuando ocurra una separación podrá ser aplicada en circunstancia distinta como el divorcio, a menos que se pruebe lo contrario. (Supreme Judicial Court of Massachusetts, 2000, A.Z. Vs. B.Z.).

4. Una guía para el contrato de control y disposición embrionaria para Colombia

Como resultado de esta investigación se extrajeron los requisitos, que se consideraron más relevantes, al momento de crear un contrato control y disposición embrionaria, teniendo en cuenta los aportes jurisprudenciales y normativos de la jurisdicción Colombiana y norteamericana como se resume a continuación:

REQUISITOS DEL CONTRATO DE CONTROL Y DISPOSICIÓN DE EMBRIONES	
Jurisdicción colombiana	Jurisdicción Norteamericana
Manifestación del consentimiento por escrito	
<p>Requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ser mayor de edad y civilmente capaz al momento de expresar su voluntad; - Que la donación o autorización de uso del material genético se haga en forma voluntaria, libre y consciente; - No presentar alteración de sus facultades mentales que puedan afectar la decisión de donar. - Que la donación no altere la funcionalidad orgánica del donante en vida. 	<p>Requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Expresión clara e inequívoca de la intención de las partes. • Firma de las Partes. • Duración
Análisis de la ejecutabilidad del contrato	
<p>En caso de no existir acuerdo entre ellos serían los tribunales de justicia en cada situación, los que resolverán la controversia respectiva, utilizando la ponderación y el análisis fáctico respecto a la posición jurídica concreta de los pre-embryones congelados (Corte suprema de justicia, Sentencia STC 29414 -2017)</p>	<p>La ejecutabilidad del contrato podrá analizarse bajo 3 enfoques, a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El enfoque contractual (the contractual approach), • El consentimiento mutuo contemporáneo (the contemporaneous mutual consent model) • Test de equilibrio o ponderación (the balancing test.)
Análisis de la intención de las partes	
<p>No hay normatividad expresa que delimite la precisa materia.</p>	<p>Sera determinable al examinar varios factores objetivamente, entre ellos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El lenguaje del acuerdo • El acuerdo en su conjunto • El contexto en el cual el acuerdo fue entrado • La conducta de las partes tras la entrada en el acuerdo • La razonabilidad de las interpretaciones defendidas por las partes.

(Figura 1: Resumen de requisitos para un acuerdo válido sobre el control y disposición de las células embrionarias resultantes del Tratamiento de Fecundación In Vitro según la jurisprudencia Colombiana y Estadounidense entre 1992 a 2017. Autora: Daniela Alejandra Eraso Urbano)

4.1 Recomendaciones finales

Para la elaboración de los contratos, adicionalmente a lo ya expuesto en la figura 1, se considera que todos los requisitos creados por la jurisprudencia norteamericana deben incorporarse vía contractual a los colombianos, toda vez que plantean aspectos que la normatividad y jurisprudencia nacional aún no han desarrollado y garantizan la seguridad contractual y la protección de los derechos fundamentales de las partes. En este entendido se recomienda que los contratos de control y disposición de preembriones tengan la siguiente estructura:

CLÁUSULAS:

PRIMERA CLÁUSULA: Identificación de las partes: donde conste el nombre y apellido de las partes, estado civil, fecha de nacimiento con el fin de establecer si son mayores de edad y civilmente capaces al momento de expresar su voluntad.

En este acápite se podrán utilizar dos estructuras de negocio:

- a. Contrato de prestación de servicios reproductivos: Este contrato consagrará todo lo relacionado a la prestación del servicio de fecundación *in vitro* (precio, duración, servicios médicos incluidos) ofrecido por la clínica de fertilidad y los donadores. Pero podrá agregarse a petición de las partes o iniciativa de la clínica, cláusulas referentes al control y disposición de los preembriones, las cuales se entienden como como cláusulas potestativas.
- b. Contrato de prestación de servicios reproductivos + contrato de control y disposición de preembriones: También existe la posibilidad de realizar dos documentos separados, en el primero de ellos donde conste la relación jurídica entre la clínica y los donantes y un segundo documento donde solo participan estos últimos y consagran su consentimiento al respecto de contingencias futuras al respecto de la disposición del material genético.

En el escenario donde se opte por utilizar la segunda estructura de negocio es recomendable aclarar que el contrato de control y disposición embrionaria hará parte integrante del contrato principal de prestación de servicios reproductivos.

SEGUNDA CLÁUSULA: Declaración de los donantes certificando:

- Que la donación o autorización de uso del material genético se hace en forma voluntaria, libre y consciente;
- Que no presenta alteración de sus facultades mentales al momento de suscribir el contrato.
- Que la donación no altera la funcionalidad orgánica de su cuerpo.

TERCERA CLÁUSULA: Duración: todo acuerdo o formulario de consentimiento deberá consagrar su duración o tiempo de validez. A falta él, no se podrá suponer que los progenitores acordaron que dicho formulario tendría validez indefinidamente. Algunos factores que permitan estimar este factor podrán ser el tiempo de duración en relación al costo anual del tratamiento y la capacidad económica de las partes o el tiempo estimado de duración de la situación que motiva a las partes a postergar la paternidad por ejemplo: estudios o trabajo.

CUARTA CLÁUSULA: Objeto del contrato: en el desarrollo del contrato LAS PARTES en ejercicio de su derecho a la autonomía reproductiva, acuerdan permitir la extracción y uso de sus células reproductivas para que a través del proceso de fecundación in vitro se logre un embarazo.

QUINTA CLÁUSULA: Contingencias futuras, en este acápite se busca contemplar las situaciones futuras que puedan provocar un cambio de opinión sobre la disposición de los preembryones entre las partes tales como divorcio, separación, muerte, concepción entre otros. Y su correspondiente disposición como donación, destrucción o uso de los mismos en caso de que ocurran. Por ejemplo:

En caso del inicio de un proceso de liquidación de sociedad conyugal los preembryones criopreservados en la Clínica X serán –donados a una pareja o a la clínica para investigación, destruidos–.

SEXTA CLÁUSULA: Firma de las partes: En Colombia podrá ser firma manuscrita o firma digital²⁰, la cual tendrá la misma fuerza si incorpora los requisitos establecidos en el artículo 527 de 1997, los cuales son:

- a. Es única a la persona que la usa.

20. Según el artículo 2 de la ley 527 de 1997 define la firma digital como: un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación;

- b. Es susceptible de ser verificada.
- c. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
- d. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.

En cuanto al uso de la firma electrónica para acreditar este “requisito quedara cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan confiable como apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje” (Ministerio de comercio, industria y turismo, decreto 2364 de 2012) y será válida siempre y cuando cumpla con el requisito 4 del decreto 2364 de 2012, a saber:

- a. Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante.
- b. Es posible detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, hecha después del momento de la firma.

CONCLUSIONES

El uso de las técnicas de reproducción asistida como la fecundación in vitro son prácticas cada vez más usuales alrededor del mundo incluido Colombia donde existen numerosas clínicas que ofrecen estos servicios a usuarios nacionales e internacionales. A pesar de ello en el país no se han evidenciado esfuerzos legislativos por regular la materia, a pesar que por el congreso de la republica han cursado varios proyectos de ley que han intentado regular o, al menos, dictar pautas sobre el uso de las técnicas de reproducción asistida, han pasado desapercibidos en sus correspondientes periodos legislativos, dejando en manos de la ciencia médica la garantía y protección de los derechos reproductivos de los colombianos. Ante este olvido estatal, han sido los administradores de justicia quienes se han visto en la tarea de solucionar disputas en ausencia de una guía haciendo uso de recursos jurídicos como el silogismo, de donde la interpretación normativa ha llevado a respaldar estos procedimientos en las normas relativas a la disposición de componentes anatómicos tal como el Decreto 1546 de 1998. No obstante, esta regulación que podemos llamar “de contingencia” se torna insuficiente ante la innumerable cantidad de conflictos que se pueden suscitar de esta práctica, como la disposición de los embriones excedentes resul-

tantes de la fecundación in vitro, pues si bien encontramos regulación al respecto de cómo manifestar el consentimiento de los donantes de material genético, no existe una norma expresa o similar que pueda guiar la solución de un conflicto al respecto de la disposición del mismo, es más, tampoco existen manifestación jurisprudenciales en la materia, pese a que la Corte Constitucional ha sido abanderada en la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, como en materia de aborto con la sentencia C - 355 de 2006, resulta innegable que se ha dejado de lado la defensa de los derechos de autodeterminación reproductiva para quienes buscan procrear, olvidando que los derechos reproductivos deben ser examinados desde la perspectiva de derechos humanos y equidad social.

Podemos decir que este descuido de nuestro ordenamiento se ha basado en la lógica reguladora que por años ha justificado la falta de técnica legislativa, bajo el conocido brocardo: *Permittitur quod non prohibetur*²¹ dejando que los fenómenos sociales se desarrollen sin limitación legal alguna hasta el momento en que exista una conmoción social y se proponga una reforma legal posterior al problema como la solución a “la leche derramada”.

La jurisdicción norteamericana ha sentado un precedente desde 1992 que ha permitido guiar, complementar y analizar las pautas para realizar un acuerdo de control y disposición embrionaria válido y consecuentemente ejecutable. De igual forma estas directrices han permitido a los administradores de justicia analizar de mejor manera a quien le corresponde la titularidad del derecho de disposición de los embriones teniendo en cuenta las causas que originaron el acuerdo y las circunstancias personales presentes al momento del conflicto, pues partiendo del hecho de que cada uno de los donantes es titular del derecho de disposición de los embriones congelados, se hace necesario estudiar si existen factores determinantes en el cambio de postura de las partes, tales como enfermedades, acuerdos no mencionados o la existencia de una nueva relación conyugal que lleven no solo al enfrentamiento de las partes sino también a inclinar la balanza hacia una u otra parte al momento de fallar toda vez que sea cual sea la postura que tomará el juez tendrá la potencialidad de afectar de manera irremediable y absoluta el plan de vida de los intervinientes pues tendrá la virtualidad de involucrarlos en una relación jurídica sea deseada o no.

21. Se presume que está permitido lo que no está prohibido.

Por último, se comparte la conclusión obtenida por Hele S. Shapo en su artículo “Frozen pre-embrios and the right to change one’s mind” (2002) donde presagia que

los Tribunales seguirán avanzando a través de un camino incierto, sin analogías adecuadas a través de los complejos problemas creados por la biología, la tecnología y las emociones humanas. Aunque el derecho contractual parece proporcionar una solución brillante, las parejas que se embarcan en técnicas de reproducción asistida enfrentan prácticas anticontractuales especiales, pues, las premisas usuales de negociación, eficiencia y la racionalidad en general no son válidas para quienes se embarcan en un programa de fecundación in vitro. (...) Solamente podemos predecir que los tribunales continuarán buscando un teoría más coherente y equitativa durante algunos años” (p. 23)²².

REFERENCIAS

- Beatty G. William (2015). *The continuing controversy over custody rights to frozen embryos in Illinois*. [Entrada de blog] Recuperado de <http://johnsonandbell.com/alerts-blog/health-care/continuing-controversy-custody-rights-frozen-embryos-illinois/>
- Bohórquez, Bohórquez, J. (2011) Diccionario jurídico colombiano. Editorial jurídica nacional.
- Colombia. Congreso de la República (1887, 15 de agosto) ley 153 de 1887, por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.
- Colombia. Corte Constitucional (2006, 10 de mayo). Sentencia C-355 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional (2009, 15 de octubre) Sentencia T-732 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia. Corte Constitucional (2009, 18 de diciembre). Sentencia T-968 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia. Corte Constitucional (2016, 22 de junio) Sentencia C-327 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia (2017, 6 de diciembre). Sentencia STC 20614 - 2017. M.P. Margarita Cabello Blanco.

22. “It appears that courts will continue to walk an uncertain path without adequate analogies through the complex problems created by biology, technology, and human emotions. Although contract law seems to provide a bright-line solution, couples who embark on ART face special anti-contractual pressures. The usual premises of bargaining, efficiency, and rationality generally do not hold for people embarking on a program of IVF. (...) One can only predict that courts will continue to search for a more coherent and equitable theory for some years to come.

- Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (2012, 22 de noviembre). Decreto 2364 de 2012. “Por medio del cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones”.
- Colombia. Presidencia de la República (1989, 6 de junio). Decreto 1172 de 1989. Por el cual se reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a la obtención, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición de órganos o componentes anatómicos y los procedimientos para trasplantes de los mismos en seres humanos, así como la Ley 73 de 1988. Junio 6.
- Colombia. Presidencia de la República (1998, 4 de agosto). Decreto 1546 de 1998. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, centros o similares.
- Colombia. Presidencia de la República (1998, 18 de agosto) Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.
- Gabardi, M. (2010) Embriones humanos: entre el vacío legal y la desmedida manipulación, Tesis de pregrado, Universidad de Belgrano, Buenos aires, Argentina.
- Gaceta del Congreso No. 713 de 2017. Proyecto de ley No. 88 de 2017 - “Ley Lucía”. Congreso de la República de Colombia, Bogotá, Colombia, 18 de agosto de 2017.
- Herrera Vacafior, C. Hevia, M. (2012). *The Legal Status of In Vitro Fertilization in Latin America and the American Convention on Human Rights*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30529.pdf>”
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24 (1). 76-91.
- Lara, S & Naranjo, K. (2007). *Disponibilidad de los embriones crioconservados*. Recuperado de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112930/de-lara_s.pdf?sequence=1
- Luna F. (2013). Infertilidad en Latinoamérica. En busca de un nuevo modelo. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 28, p. 33-47.
- López de Armas, K & Amado Amado, C. (2014). Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. *Revista de Derecho Privado* No 52 (1).

Molina, I. Rodríguez, N. (s.f.) Los retos constitucionales en la protección del concepto de familia plural: Qué decir frente a la homoparentalidad por reproducción asistida en Colombia. N/A.

Proyecto de ley No. 109 de 2013 - "Ley Sara". Cámara de Representantes de Colombia, Bogotá, Colombia. 26 de septiembre de 2013.

Raposo, L. V. (19 de noviembre 2008.). *De quien es este embrion? El poder de disposicion de los embriones sobrantes*. Recuperado de <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/26246/1/articulo5.pdf>

Shapo, H. (2002). *Frozen Pre-Embryos and the Right To Change One's Mind*, 12 *Duke Journal of Comparative & International Law*. Recuperado de: <https://scholarship.law.duke.edu/djCIL/vol12/iss1/3>

United States. Appellate Court of Illinois (2015, 12 de junio). Szafranski v. Dunston

United States. First District, Second Division (2013, 18 de junio). Szafranski v. Dunston Segunda instancia.

United States Eastern District of Louisiana (2017, 25 de agosto) Emma and Isabella trust Vs. Sofía Vergara.

United States. New York Court of Appeals (1998, 7 de mayo). Kass V. Kass.

United States. Superior Court for the eight circuit (2015, 21 de junio). Loeb v. Vergara

United States. Superior Court of Pennsylvania (2012, 11 de abril). Reber v. Reiss

United States. Supreme Court of Iowa (2003, 17 de diciembre). In Re Marriage of Witten

United States. Supreme Court of New Jersey (2001, 14 de agosto). JB v. MB

United States. Supreme Court of Tennessee (1992, 1 de junio). Davis v. Davis

United States. Supreme Judicial Court of Massachusetts (2000, 31 de marzo). AZ v. BZ

United States. Court of Appeals of Texas (2006, 9 de febrero). Roman V. Roman.

United States. Court of Civil Appeals of Alabama (2000, 14 de enero). Cahill V. Cahill

United States. Court of Appeals of Oregon (2008, 8 de octubre). In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle.

United States. Washington Supreme Court (2002, 13 de junio). Litowitz v. Litowitz.

Valencia, P. Valencia I. (s.f.) Historia del desarrollo de la fertilización in vitro. Recuperado de http://redlara.com/aa_espanhol/database_livros_detalhes2.asp?cadastroid=131

ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA DENTRO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS OCASIONADOS POR “PRODUCTO DEFECTUOSO”

Sandra Fuenmayor Ramírez¹

Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2018

Fecha de aceptación: 10 de febrero 2019

Referencia: FUENMAYOR RAMÍREZ, Sandra (2019). *Análisis del impacto de los principios del derecho del consumo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia dentro de la acción de responsabilidad por daños ocasionados por “Producto Defectuoso”*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 5. Núm. 8. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: En el presente artículo se realiza un análisis del impacto de la aplicación de los principios del Derecho del Consumidor, su evolución en Colombia dentro del contexto de la acción de reparación causado por “producto defectuoso”, para ello se realizó un estado del arte de la “relación del consumo y la reparación” a través del estudio de los antecedentes a nivel nacional y los casos relevantes a nivel internacional. Posteriormente se desarrolló una línea jurisprudencial con la cual se evaluó el impacto de los principios del “derecho de consumo” en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia colombiana. En este proyecto como principal conclusión se evidencia la incidencia positiva

1. Artículo Inédito.
Estudiante egresada del Programa de Derecho B de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, E- mail: sandrav.fuenmayor@hotmail.com.

que han tenido los principios mencionados y su establecimiento en el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, hechos que llevan al derecho del consumo hacia la protección de los derechos del consumidor, especialmente frente a la reparación de los daños por “producto defectuoso”.

Palabras clave: Derecho del consumo, consumidor, acción de reparación, línea jurisprudencial, producto defectuoso, responsabilidad.

ABSTRACT: This article presents an analysis of the impact of the application of the principles of consumer law, its evolution in Colombia within the context of the action of repair service for “defective product”, for it “Relationship of consumption and repair “, studying the background at the national level and relevant cases at the international level. For obtain information on consumer rights in the decisions Colombian Supreme Court of Justice. In this project as the main conclusion, it is evident the incidence that has been taken into account the principles of the consumer and its establishment in the judicial precedent of the Colombian Supreme Court of Justice, the right of the consumer towards the protection of the rights of the consumer, especially against a Repair of damages for “defective product”.

Key words: Right of consumption, consumer, action for reparation, jurisprudential line, defective product, liability, torts.

1. INTRODUCCIÓN

En Suramérica a diferencia de lo ocurrido en Europa y EE.UU., para la mitad del S. XX la protección al consumidor era casi nula, a excepción de algunos países, como lo comenta Stiglitz (2013), a consecuencia del bajo desarrollo industrial y comercial de la región para dicho periodo, motivo por el cual el incipiente derecho del consumidor se limitó a normativas básicas, en las cuales no se estableció una ley detallada que ejerciera el debido control ante los productores y comercializadores y por ende no había protección a los consumidores, reconociéndolos como la parte débil de la relación de consumo.

Frente a esta realidad del mercado el primer país suramericano en establecer un nivel de protección acorde con el progreso del mercado y del incremento de las relaciones de consumo en la región fue Brasil en 1991, con la implementación de una política nacional que estableció principios como la dignidad del comprador y la calidad del producto,

siguiendo el ejemplo brasileño, Argentina en 1994 instituyó algunas normas para la protección de los derechos del consumidor.

Con el avance en materia de protección al consumidor en Suramérica, liderado por Brasil y Argentina, para el año 2000, los países pertenecientes al Mercosur firmaron la “Declaración Presidencial de los Derechos Fundamentales del Consumidor”, siendo ésta la primera norma supranacional (*soft law*) en América Latina a través de la cual se establecieron como principios del derecho del consumo: la protección de la vida, salud y seguridad de los consumidores, la buena fe en las relaciones de consumo, la libertad de elección, la educación e información, y de manera relevante se consagró el derecho de acción para acudir a la jurisdicción contenciosa en caso de vulneración a sus derechos frente a los posibles daños generados en su seguridad, salud o vida en la relación de consumo (Mercosur, 2000).

En Colombia, el primer avance en el reconocimiento del derecho del consumo (o del consumidor) se realizó en el año 1982 con la expedición del decreto 3466 de la Presidencia de la República, Estatuto del Consumidor, norma que representó progreso para la región, y que se centró en la reglamentación de las condiciones de calidad e idoneidad de los productos o servicios ofertados en el mercado, más que en la protección de los consumidores, así, se logra un modelo de responsabilidad general, teniendo en cuenta la calidad y la garantía, norma de alcance legal que adquirió mayor relevancia con la emisión de la sentencia C-1141 de la Corte Constitucional, decisión que determinó como un derecho de los consumidores la acción judicial frente a la protección por daños causados por “productos defectuosos”, derecho que sería retomado por la Ley 1480 de 2011 mediante la cual se expidió el nuevo Estatuto del Consumidor en Colombia.

La Ley 1480 de 2011 es un estatuto que se caracteriza por consagrar un catálogo de derechos de los consumidores y de igual manera positiviza varios principios de esta área del derecho, tales como: la información, la protección de la integridad, la educación, la seguridad y de manera especial el *in dubio pro consumatore* (de aplicación cuando se encuentran defectos en productos en cuanto a las normas sanitarias y fitosanitarias), entre otros; además, la Ley 1480 de 2011 elevó el derecho del consumo a categoría de norma de orden público, es decir, y como lo expresa Correa Henao (2013), el Estatuto del Consumidor dotó a los ciudadanos en su calidad de posibles consumidores de una gran variedad de herramientas jurídicas para lograr la efectividad de los de-

rechos contenidos en la norma, tales como las acciones de protección ante la Superintendencia de Industria y Comercio, las de reclamo por la garantía y de responsabilidad por daños causados por producto defectuoso.

En este contexto, se entiende que en el Derecho colombiano se encuentra consagrada la protección del consumidor dentro de las relaciones de consumo, y de manera específica frente a los riesgos en la adquisición de productos defectuosos, para ello el consumidor cuenta con la acción de reparación para reclamar los posibles daños patrimoniales y extra-patrimoniales; acción de conocimiento por parte de la jurisdicción civil, motivo por el cual se hace necesario estudiar la aplicación y el alcance que le ha dado la sala civil-familia de la Corte Suprema de Justicia a los principios y derechos del consumidor, especialmente frente a la solicitud de reparación de perjuicios por daños causados por productos defectuosos, dentro de su jurisprudencia, en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción civil colombiana, interrogante que se busca responder con la presente investigación.

2. RELACIÓN DE CONSUMO

El presente artículo inicia con una aproximación a la relación de consumo dentro del contexto del mercado, a través del contrato de compraventa de bienes y servicios y posteriormente se aborda la problemática generada por la compraventa de productos o servicios defectuosos que coloquen en riesgo la vida, salud y/o bienes de los consumidores.

2.1. Las relaciones contractuales de consumo:

Dentro del mercado de intercambio de bienes y servicios (productos), la compraventa es uno de los principales contratos o el que de manera más frecuente se desarrolla dentro de las relaciones de consumo –lo que no significa que sea la única manera de acceder a un bien o servicio, sino que por su generalidad se usa en la presente investigación como contrato tipo para explicar las relaciones entre productor y consumidor–, al tenerse que el contrato de compraventa ha variado principalmente por razones como el auge de la publicidad y el uso de nuevas tecnologías, así como lo expresa Barrantes (2016), en la compraventa del derecho moderno contenido en el Código Civil (o de Napoleón) siempre se parte de la presunción de igualdad entre las partes intervinientes en el contrato, es decir, vendedor (que en muchos casos se equipara a productor)

y comprador. Contrato que en Colombia se encuentra regulado por el artículo 905 del Código de Comercio.

Los fenómenos propios del mercado, como lo son la existencia de terceros (proveedores, comercializadores, importadores, vendedores, agentes, etc.) en la relación de comercio, masificada con el gran auge de los medios de comunicación y especialmente del marketing comercial, han distanciado la relación entre comprador y productor, situación que alejó al segundo de la realización directa de contratos con el primero y como consecuencia colocó al comprador en condiciones de desigualdad (debilidad), al no poder pactar con el productor o distribuidor las condiciones del contrato, o del producto a adquirir, lo que conllevó a la aparición de la categoría de “consumidor”.

De donde nace la pregunta ¿Quién es el consumidor y el usuario?, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 1480 de 2011, se entiende como consumidor a toda persona (natural o jurídica) que realice una transacción mediante la cual adquiera, disfrute o utilice un determinado producto necesario para satisfacer una necesidad propia, familiar o doméstica y empresarial, teniendo como condición *sine qua non* que dicha necesidad no se encuentre dentro del desarrollo de su actividad económica o profesional (Congreso de la República, 2011).

Por tanto, se puede vislumbrar que la desigualdad en la compra-venta de productos, se encuentra presente en casi todas las relaciones contractuales, como claro ejemplo de ello se puede tener la realización de un contrato de adhesión para lograr el acceso a un servicio domiciliario, claro patrón de que, con el paso del tiempo, cada vez es menos la incidencia de la libertad contractual del consumidor en las relaciones del mercado de productos (Arrubla Paucar, 2013).

2.2. Comercialización de productos defectuosos:

Al comprender la relación de consumo se puede percibir con mayor simplicidad, la importancia que tiene para los consumidores, el cuidado como deber del productor al colocar un artículo en el mercado, y de igual manera se pueden entrever los riesgos que genera para la sociedad que uno o varios empresarios pongan a disposición del público productos defectuosos, de donde se hace necesario responder a la pregunta ¿Qué es o qué se entiende como “producto defectuoso”?

Para explicar el concepto de “producto defectuoso”, se hace necesario partir de la concepción generalizada que usan las personas dentro

del lenguaje común, entendiéndose a dicho producto como el artículo o bien mueble o inmueble que no presenta las especificaciones ofertadas por el vendedor, o que presenta fallas tales como artículo incompleto, golpeado, quebrado o sin funcionalidad para lo que fue creado. Cabe aclarar que estas están presentes en la hora de la compra del artículo en cuestión, o que se presenten en los términos legales de la garantía ofrecida al comprador, y es de vital importancia que no se ocasione por negligencia o mal uso del producto (Velandia Castro, 2013).

En igual sentido el Estatuto del Consumidor, conceptualiza el “producto defectuoso” como aquellos bienes o servicios muebles o inmuebles que, en razón de un error en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrecen la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho” (Congreso de la República, 2011).

La Superintendencia de Industria y Comercio –en la publicación “Protección al Consumidor en Colombia” (2017)– aclara la diferencia existente entre la noción de producto peligroso y la definición de “producto defectuoso” en los siguientes términos: “hay una diferencia entre el concepto de “producto defectuoso” y el de producto nocivo, siendo este último el que por su naturaleza puede ocasionarle un daño al consumidor, mas no por conductas atribuibles al productor o proveedor del bien, por ejemplo, el tabaco o las bebidas alcohólicas. Por su parte, producto peligroso es el que puede provocar mayores daños por su naturaleza misma, por ejemplo, un cuchillo y un pesticida” (p. 86).

2.3. Tipos de “producto defectuoso”

En el análisis realizado por Villalba Cuéllar (2014), quien expone las clases de deficiencia del “producto defectuoso” a partir del estudio de las distintas clases de fallas determinadas en la Ley 1480 de 2011, éste determina las siguientes: i) error en el diseño del producto, refiriéndose a aquellos bienes que desde su fabricación traen consigo un inconveniente en su concepto, estructura u estética en la terminación, por tal motivo la serie en su totalidad se convierte en un “producto defectuoso” o peligroso, pues no cumple las expectativas del consumidor; ii) error de fabricación, descrito como el o los defectos que surgen en la elaboración del producto, esta falla puede ser surgida por un error humano o mecánico a la hora de la confección y/o embalaje del artículo o bien realizado, por tanto este defecto no se presenta en toda la serie de producción sino irregularmente, lo que genera que ciertos productos presenten fallas a la hora de su funcionamiento; iii) problemas de construcción,

mismo que es exclusivo de los inmuebles (edificaciones) producido por un vicio de construcción, fallo estructural o mala calidad en los materiales; iv) problemas de embalaje, producido por un mal manejo o la mala preservación del producto a la hora de su empaquetamiento y transporte, dependiendo el tipo de producto, además un mal procedimiento en este servicio puede ocasionar que un producto o artículo se vuelva peligroso, ejemplo de ello los alimentos que requieren mantener cadena de frío.

Para Villalba (2014), los problemas de información, referidos a la mala o inexistente información de uso del producto es considerado una forma de “producto defectuoso”, a pesar de que el autor aclara que en este caso el producto no posee un defecto u error, pero la desinformación del consumidor genera un peligro, por tal motivo se hace necesario que algunos productos ofrezcan notas de advertencia en lo referente al uso, conservación y utilización del bien, para evitarle al consumidor el incurrir en posibles incidentes.

3. RESPONSABILIDAD “PRODUCTO DEFECTUOSO”

3.1. Antecedentes Responsabilidad por “producto defectuoso

Con el crecimiento del mercado a finales del S. XIX y principio del S. XX, especialmente en Europa y EE.UU., se generó una intensificación de las relaciones de consumo de manera especial en lo referente al tráfico de bienes y servicios fabricados en grandes empresas a través de líneas de ensamble, apareciendo así los productos defectuosos, al no contar con la supervisión detallada del maestro artesano en las condiciones de producción, hecho de gran incidencia en el derecho civil y comercial, siendo que frente a los daños causados por la nueva categoría de productos, los afectados se enfrentaron ante la cuestión de quién o quiénes serían los responsables de reparar los daños y perjuicios causados a su salud, integridad y patrimonio.

Frente a estos interrogantes, en un primer momento las autoridades judiciales, abordaron la responsabilidad por productos defectuosos como una especie propia de la responsabilidad civil contractual, enfrentándose el demandante, en su calidad de consumidor afectado por el “producto defectuoso”, ante dos teorías acogidas por los diferentes tribunales.

La primera de aquellas teorías fue la prevalencia de aplicación del principio *res inter alios acta*, en la cual el contrato y sus efectos únicamente son oponibles a las partes del acto jurídico, como lo expresó el barón Alderson en el caso *Winterbottom v. Wright*:

(...) Owing to negligence in the construction of a carriage it broke down, and a stranger to the manufacture and sale sought to recover damages for injuries which he alleged were due to negligence in the work, and it was held that he had no cause of action either in tort or arising out of contract. This case seems to me to show that the manufacturer of any article is not liable to a third party injured by negligent construction, for there can be nothing in the character of a coach to place it in a special category. (*Winterbottom v. Wright*, 1842)²

La segunda teoría basada en la dificultad que se impone sobre el fabricante al tener que responsabilizarse por todos los productos manufacturados por su compañía, tesis sostenida entre otros por el Tribunal Sueco en la sentencia *Mullen v. Barr Co*:

In a case like the present, where the goods of the defenders are widely distributed throughout Scotland, it would seem little short of outrageous to make them responsible to members of the public for the condition of the contents of every bottle which issues from their works. It is obvious that, if such responsibility attached to the defenders, they might be called on to meet claims of damages which they could not possibly investigate or answer. (*Mullen v. Barr Co*, 1929)³

Hipótesis que fueron superadas, al ser acogida la obligación del productor en responder por los daños causados por “producto defectuoso” al consumidor o comprador afectado, encontrándose como hito el caso *Donoghue v. Stevenson*, de la House of Lords de Escocia, en el cual se impuso lo sustentado por Lord Atkin quien expresó:

(...) [I]n the class of case now before the Court I can not conceive any difficulty to arise. A manufacturer puts up an article of food in a container which he knows will be opened by the current consumer. There can be no inspection by any purchaser and no reasonable preliminary

2. Traducción libre de la autora: Por negligencia en la construcción de un carruaje, este se descompuso. Un ajeno a la fabricación y venta (que era *Winterbottom*, contratado únicamente como conductor), buscó recuperar daños y perjuicios por lesiones que alegó se debieron a negligencia en el trabajo. Pero se sostuvo que no tuvo causa de acción extracontractual o derivada de un contrato. En este caso se demuestra que el fabricante de cualquier artículo no es responsable ante un tercero lesionado por una construcción negligente, ya que no puede haber nada en el carácter de un carruaje, que lo coloque en una categoría especial. (*Winterbottom v. Wright*, 1842)
3. Traducción libre de la autora #2: En un caso como el presente, en el que los productos de los demandados se distribuyen ampliamente por toda Escocia, parecería poco menos que indignante hacerles responsables ante los miembros del público del estado del contenido de cada botella que sale de sus fábricas. Es obvio que, si dicha responsabilidad recayera sobre los demandados, éstos podrían verse obligados a hacer frente a reclamaciones por daños y perjuicios que no podrían investigar ni responder. (*Mullen v. Barr Co*, 1929)

inspection by the consumer. Negligently, in the course of preparation, I have allowed the contents to be mixed with poison. It is said that the law of England and Scotland is that the poisoned consumer has not remedy against the negligent manufacturer. If this were the result of the authorities, I should consider the result to be a serious defect in the law, and that is contrary to the principle that I should hesitate long before following any decision to that effect which had not the authority of this House. I would point out that, in the assumed state of the authorities, would not have the remedy against the manufacturer, would have none against any one else, for in the circumstances alleged there would be no evidence of negligence against any one other than the manufacturer (...) (Donoghue v. Stevenson, 1932)⁴

En este emblemático caso, el alto tribunal por primera vez extrapoló el deber de cuidado en cabeza del empresario frente a los posibles daños que llegaren a causar productos diferentes a los alimenticios, cuando expresó:

The doctrine supported by the decision below would not only deny a remedy to the consumer who was injured by consuming bottled beer or chocolates poisoned by the negligence of the manufacturer, but also to the user of what should be a harmless proprietary medicine, an ointment, a soap, a cleaning fluid or cleaning powder.

(...) I do not think so in of our jurisprudence as to suppose that its principles are so remote from the ordinary needs of civilized society and the ordinary claims it makes upon its members as to deny a legal remedy where there is so obviously a social wrong. (Donoghue v. Stevenson, 1932)⁵

La House of Lord escocesa reconoció la diferencia ya existente para 1932 entre comprador y consumidor, apartándose así de la teoría

4. (...) En la clase de caso que ahora tiene ante sí el Tribunal de Justicia no puedo concebir que surja ninguna dificultad. Un fabricante coloca un artículo alimenticio en un recipiente que sabe que será abierto por el consumidor actual. No puede haber ninguna inspección por parte de ningún comprador y ninguna inspección preliminar razonable por parte del consumidor. Negligentemente, en el curso de la preparación, he permitido que el contenido se mezcle con veneno. Se dice que la ley de Inglaterra y Escocia es que el consumidor envenenado no tiene remedio contra el fabricante negligente. Si este fuera el resultado de las autoridades, consideraría que el resultado es un grave defecto de la ley, y eso es contrario al principio de que debería dudar mucho antes de seguir cualquier decisión en ese sentido que no tuviera la autoridad de esta Cámara. Me gustaría señalar que, en el supuesto estado de las autoridades, no tendría el recurso contra el fabricante, no tendría ninguno contra nadie más, ya que en las circunstancias alegadas no habría pruebas de negligencia contra nadie más que el fabricante (...) (Donoghue v. Stevenson, 1932)
5. Traducción libre de la autora: La doctrina apoyada por la decisión a continuación, no sólo negaría un remedio al consumidor que se vio perjudicado por el consumo de cerveza embotellada o chocolates envenenados por la negligencia del fabricante, sino también al usuario de lo que debería ser un inofensivo medicamento patentado, una pomada, un jabón, un líquido limpiador o un polvo limpiador.
(...) No lo creo en nuestra jurisprudencia como para suponer que sus principios estén tan alejados de las necesidades ordinarias de la sociedad civilizada y de las pretensiones ordinarias que hace a sus miembros como para negar un remedio legal donde obviamente hay un mal social. (Donoghue contra Stevenson, 1932)

de la *res inter alios acta*, sostenida hasta el momento por las altas Cortes del common law, cuando lord Atkinson expresó:

I confine myself to articles of common household use, where every one, including the manufacturer, knows that the articles will be used by other persons than the actual ultimate purchaser - namely, by members of his family and his servants, and in some cases his guests. (Donoghue v. Stevenson, 1932)⁶

Generándose así una nueva teoría dentro de la responsabilidad civil, enmarcada principalmente en el deber de reparar los daños por productos defectuosos causados por la negligencia del productor, es decir, una responsabilidad de orden subjetivo. Teoría que fue modificada posteriormente por la Corte Suprema de California en aplicación del principio *res ipse loquitur*⁷, al solucionar dentro de un régimen de responsabilidad objetiva el caso *Escola v. Coca-Cola Bottling Co*, como se encuentra expresado en la opinión concurrente del juez Traynor, quien expresó:

Even if there is no negligence, however, public policy demands that responsibility be fixed wherever it will most effectively reduce the hazards to life and health inherent in defective products that reach the market. It is evident that the manufacturer can anticipate some hazards and guard against the recurrence of others, as the public cannot. Those who suffer injury from defective products are unprepared to meet its consequences. The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business. It is to the public interest to discourage the marketing of products having defects that are a menace to the public. (*Escola v. Coca-Cola Bottling Co*, 1944)⁸

6. Traducción libre de la autora: Me limito a los artículos de uso doméstico común, en los que todo el mundo, incluido el fabricante, sabe que los artículos serán utilizados por otras personas además del comprador final, es decir, por los miembros de su familia y sus sirvientes, y en algunos casos por sus invitados. (Donoghue v. Stevenson, 1932)
7. Traduce: “la cosa habla por sí misma”, es un principio de Derecho de prueba aplicable a los casos de responsabilidad civil extracontractual por la cual se determina la culpa fundándose en que los hechos pueden hablar por sí mismos. En los casos en que el daño producido se relaciona directamente con la peligrosidad de las actividades en las cuales se produce el daño con más frecuencia. La presunción establece que, de no haber habido negligencia del agente, el daño no se habría producido.
8. Traducción libre de la autora: Sin embargo, aunque no haya negligencia, el orden público exige que la responsabilidad se fije donde se reduzcan más eficazmente los peligros para la vida y la salud inherentes a los productos defectuosos que llegan al mercado. Es evidente que el fabricante puede anticiparse a algunos peligros y protegerse contra la repetición de otros, mientras que el público no puede hacerlo. Las personas que sufren lesiones por productos defectuosos no están preparadas para afrontar sus consecuencias. El coste de una lesión y la pérdida de tiempo o de salud puede ser una desgracia abrumadora para la persona lesionada, y una desgracia innecesaria, ya que el riesgo de lesión puede ser asegurado por el fabricante y distribuidor entre el público como un costo de hacer negocios. Es de interés público desalentar la comercialización de productos que tienen defectos que son una amenaza para el público.

En la actualidad en la mayoría de regímenes legales de origen anglosajón la responsabilidad por “producto defectuoso” se entiende como una especie de la responsabilidad objetiva, al establecer como deber del productor el actuar de conformidad con las políticas públicas de seguridad y de protección de los consumidores.

3.2. Responsabilidad por la comercialización de productos defectuosos en Colombia

De acuerdo con lo expresado por Espinoza Apráez (2015), en Colombia la responsabilidad de reparar los daños causados por un “producto defectuoso” cuenta con un doble origen por un lado constitucional al encontrarse consagrada en el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia, y en segundo lugar legal al encontrarse regulado en la Ley 1480 de 2011, connotaciones particulares de esta especie de responsabilidad, que se fundamenta en el principio de seguridad que impera dentro del derecho del consumo.

Se presenta una contradicción entre las normas reguladoras de la responsabilidad por “producto defectuoso” en Colombia, teniendo por un lado que de la lectura del inciso segundo del artículo 78 superior se desprende un régimen objetivo de responsabilidad, mientras que de acuerdo a lo expresado por Villalba Cuéllar (2014), en la lectura sistemática del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) se evidencia que el legislador regula el “producto defectuoso” a partir del error ocasionado por parte del productor, importador, comercializador o cualquier otro obligado a responder por el deber de cuidado en la cadena de producción de bienes y servicios, la responsabilidad se traslada al plano de lo subjetivo, haciendo necesario no solo demostrar el daño y el nexo de causalidad, sino además el defecto existente en el producto para su configuración.

Por tanto y al retomar el concepto de producto establecido por el Estatuto del Consumidor, explícitamente en la parte de “seguridad”, la Superintendencia de Industria y Comercio, en la publicación “Protección al Consumidor en Colombia” (2017), se refiere al mismo como la condición del producto conforme a situaciones normales de uso y teniendo en cuenta su duración, la información suministrada por el productor, comercializador o sus agentes, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento; el producto no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad del o los consumidores.

Sin dejar de lado que existen productos inseguros por su naturaleza (armas, productos nocivos); existen productos seguros, que por

culpa del proveedor no cumplen con las exigencias de seguridad. La negligencia del proveedor en la elaboración o instalación de un producto seguro puede conducir a varios inconvenientes o daños fatales, debido a que el consumidor manipulará con confianza dichos artículos, como por ejemplo: el caso de teléfonos celulares que sufren explosiones espontáneas. En este caso la garantía solo se establece para el producto, pero no frente a la incidencia que pueda tener en la salud, vida o bienes del consumidor.

De igual manera se encuentra que a pesar de que el Decreto 3466 de 1982 no especificó un régimen de responsabilidad en las relaciones de consumo por producto defectuoso, la Corte Suprema de Justicia había expresado que

en lo referente a la alegada violación al debido proceso: a) en el Decreto 3466 de 1982 no se responsabiliza a un tercero (expendedor) por la efectividad y el cumplimiento de la obligación de garantizar las condiciones de calidad e idoneidad que es propia del productor, sino que esa misma obligación también emana del contrato que celebra el expender, entre cuyas cláusulas se entiende pactada la garantía y quien por lo mismo también está obligado a responder por ella ante el adquirente, sin perjuicio de exigirla a su vez, a su expendedor o proveedor y así sucesivamente; b) en el artículo 29 del Decreto 3466 de 1982 se establece un caso más de responsabilidad objetiva, lo cual no contraría la Carta; este tipo de responsabilidad, señaló la Corte, ya era acogida por el Código Civil y había sido ampliada por esa Corporación a las situaciones de actividades y objetos peligrosos; c) las limitaciones establecidas respecto a las causales de exoneración de la responsabilidad del productor no vulneran el derecho de defensa ni el debido proceso. (Caycedo Espinel, 2013, p. 171)

Por parte del legislador se vino a suplir este vacío normativo mediante la expedición de la Ley 1480 de 2011 “Nuevo Estatuto del Consumidor”, norma que en su artículo 20 dispuso que en el derecho de consumo se debe aplicar una responsabilidad solidaria, definición que zanja el debate entre si la misma era contractual o extracontractual, de acuerdo con Villalba Cuéllar (2014) esta solidaridad lleva al consumidor a un régimen tuitivo dentro del cual en principio se compromete a todos los miembros de la cadena de consumo frente a los daños causados por “producto defectuoso”, al dejar fuera de esta área del derecho los baremos del clásico principio civilista de la relatividad de los actos jurídicos (*res inter alios acta*).

4. ACCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR “PRODUCTO DEFECTUOSO” EN COLOMBIA

4.1. Elementos de la responsabilidad por “producto defectuoso” en Colombia

Al hablar de los elementos de la responsabilidad por “producto defectuoso” de acuerdo al acápite anterior se tendrán en cuenta los dos regímenes de responsabilidad expresados, por tanto, se abordará el daño, el nexo de causalidad y de manera especial la carga al demandante frente a la demostración del error (defecto) del producto que conllevó el daño sufrido.

4.1.1. Daño:

El presente artículo parte de la concepción desarrollada por el profesor Juan Carlos Henao, por ser una de las más completas en la materia, comprendiendo daño como “... toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico” (Henao, 2015).

Al tratarse de un régimen especial de responsabilidad el mismo se refiere a los daños ocasionados por productos defectuosos, los que no fueron especificados en el Decreto 3466 de 1982, que permitía libertad tanto para el demandante como para el juzgador al momento de configurar el daño causado, situación superada por el nuevo Estatuto del Consumidor, al encontrar que los numerales 1 y 2 del artículo 20, limitan el daño por “producto defectuoso” al ocasionado por un bien –mueble o inmueble– o servicio que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información cause la muerte, lesiones corporales al consumidor final y/o a su familia, o genere daños a bienes muebles o inmuebles diferentes al defectuoso, siendo únicamente necesario que este se configure sobre el objeto en condición de su cercanía o uso conjunto con el producto defectuoso (Villalba Cuéllar, 2014).

Definición la cual al estar en relación directa con los derechos fundamentales a la vida Y a la salud de los consumidores, se torna preponderante al contener los conceptos de derechos no pecuniarios; conocidos en la jurisprudencia de los altos tribunales colombianos como: daño moral, perjuicio a la vida en relación y daño a la salud; mismos que deben ser compensados al consumidor, siendo relevante lo expresado por el profesor Henao (2015), quien ha desarrollado la teoría nominada:

“daño ocasionado por la alteración del goce pacífico del derecho”, teoría que tiende al reconocimiento del peligro generado en los derechos y patrimonio de los ciudadanos como un daño consolidado por la alteración del *estatus quo* de la vida de los mismos, concepto que de ser acogido dentro del régimen de responsabilidad por “producto defectuoso” generaría un nuevo espectro en la responsabilidad de los productores, comercializadores y demás intervinientes en la cadena de producción y venta de bienes frente al público, en su condición de consumidores.

4.1.2. Nexos de causalidad

En principio el Decreto 3466 de 1982, no reguló de manera específica la responsabilidad por daños ocasionados por “producto defectuoso”, limitándose a disponer un régimen general de indemnización por daños y perjuicios a favor del consumidor (artículo 36), con excepción de los ocasionados dentro de un contrato de prestación de servicios que conlleve la entrega de un bien, razón por la cual nada se expresó acerca del nexo de causalidad entre el defecto del producto y el daño ocasionado al consumidor, en aplicación de lo dispuesto por las normas civiles y comerciales, y de manera especial por la sentencia C-1141 de 2001 de la Corte Constitucional, en la cual expresó:

La posición del consumidor no le permite conocer en detalle el proceso de producción, más aún si éste se desarrolla en condiciones técnicas que solamente son del dominio del empresario industrial. La ley, por lo tanto, desconoce las circunstancias de inferioridad del consumidor cuando, en estos supuestos, exige a la persona perjudicada con un producto defectuoso, puesto en circulación por un empresario profesional, cargas adicionales a la prueba del daño, del defecto y del nexo causal entre este último y el primero, puesto que acreditado este extremo, corresponderá al empresario demostrar los hechos y circunstancias que lo eximan de responsabilidad y que, en su caso, conforme a las reglas legales y a las pautas jurisprudenciales, le permitan excluir la imputabilidad causal del hecho dañoso sufrido por aquélla (Sentencia C-1141, 2000).

La Corte acoge un criterio de responsabilidad objetiva frente a los daños causados por “productos defectuosos”, concepto analizado por el legislador como se denota en el artículo 21 del nuevo Estatuto del Consumidor, expedido mediante la Ley 1480 de 2011, siendo importante expresar que por parte de la jurisprudencia y doctrina dentro del derecho civil y comercial colombiano el estudio del nexo de causalidad ha admitido varias teorías referentes a la causalidad en la generación de daños, decantándose la Corte en los últimos años por la teoría de la causalidad adecuada (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de

septiembre de 2012), que se caracteriza por la realización de un test de probabilidad en abstracto con base en la aplicación de las reglas de la experiencia, para conocer cuál de todas las causas probables es la más adecuada en la construcción efectiva del daño ocasionado al demandante (Ortiz Gómez, 2010).

En este sentido dentro del derecho del consumo de conformidad con el análisis realizado por Villalba Cuéllar (2014) se entiende como nexo causal la relación física existente entre el uso o consumo, en condiciones normales, de un “producto defectuoso” por parte del consumidor final y el daño ocasionado a su vida, integridad física, salud o sobre sus bienes, régimen que no conlleva en principio la necesidad de demostrar el defecto existente en el producto, sin embargo en muchas ocasiones la obligación de demostrar el nexo causal puede conllevar una gran dificultad probatoria para el demandante (consumidor), especialmente cuando se requiera de estudios o experticias de difícil acceso o elevado costo, y más aún cuando el hecho dañoso haya pasado desapercibido y sus efectos se desarrollen de manera posterior a la actividad de consumo (claro ejemplo de ello, los daños ocasionados en la salud del consumidor), frente a lo cual se propone como solución que el juez de conocimiento haga uso del nuevo concepto denominado “deber-obligación de todas las partes en la aportación de las pruebas”, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso, figura ante la cual la Corte Suprema de Justicia expresó que el legislador “positivizó, pues, lo que hasta ahora era sólo una postura jurisprudencial y doctrinaria” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2017).

4.1.3. Error o defecto

Como lo expresa Villalba (2014), al contener la legislación colombiana el concepto de error dentro de la regulación y definición de “producto defectuoso”, implica dotar la responsabilidad frente al mismo de una noción de subjetividad y por ende retrotraer la acción por “producto defectuoso” a la condición de demostrar la negligencia del productor o comerciante, sin que sea descabellada la idea de que cualquier autoridad jurisdiccional en aplicación de la ley vigente, exija al consumidor no solo demostrar el daño y el nexo de causalidad; lo que puede conllevar a un alto grado de dificultad, sino que además se demuestre la existencia del error en el producto o la negligencia del productor, falla legislativa que puede ser superada por la interpretación jurisprudencial de las altas Cortes sobre la materia.

4.2. Objeto de la Acción de responsabilidad por “producto defectuoso” en Colombia

Frente a la finalidad de la acción de responsabilidad por “producto defectuoso” se parte de la definición desarrollada por Henao (2015), quien expresa que la reparación “es la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al *status quo* ante al acaecimiento del daño” (p. 10), definición que se decanta por la amplitud, así, se acoge entonces todas las formas de daño posibles y en igual sentido, todas las formas de reparar, siendo que para el profesor Henao este concepto debe superar la idea de indemnización o compensación monetaria, y se debe optar por nuevas formas de reparar como lo son las garantías de no repetición o la evitación de futuros daños, entre otras.

4.3. Fundamentos legales acción de responsabilidad “producto defectuoso”

En un primer momento el Decreto 3466 no reguló la acción de responsabilidad por daños ocasionados por defectos del producto, se entiende que para efectos jurídicos el fundamento de la acción se estableció en los artículos 2342 a 2344 del Código Civil de Colombia, artículos vigentes, debido a que

El Decreto Ley 3466 de 1982 no modificó los Códigos Civil, de Comercio y Procedimiento Civil, sino que estableció un procedimiento especial en materia de defensa del consumidor, al que le son aplicables en su totalidad las disposiciones de los mencionados códigos en cuanto no lo contraríen. (Caycedo. 2013, p. 171)

Con la expedición de la ley 1480 de 2011, se consagró de manera especial la acción de responsabilidad por daños ocasionados por “productos defectuosos” (numeral 3 artículo 56), norma que si bien no derogó las normas del código civil, en aplicación de lo dispuesto por los artículos dos y tres de la ley 153 de 1887 se entienden aplicables a los daños causados por “producto defectuoso”, por ser normas posteriores y de carácter especial, al quedar vigente la norma civil para todos los demás asuntos que versen sobre daños ocasionados por actividades peligrosas que no tengan su causa en los defectos de un producto o servicio previamente adquirido por la víctima o su familia.

4.4. Régimen de Responsabilidad de la acción por daños ocasionados por “producto defectuoso”

En este contexto, la acción de responsabilidad por “*producto defectuoso*”, ha venido desarrollándose en Colombia,

[P]asando de estar consagrado como un régimen de obligaciones exclusivo para el proveedor o vendedor del producto, tal como se desprendía del artículo once del Decreto 3466 de 1982, hasta llegar a comprender los actos de los intervinientes en la relación negocial, sean o no productores o proveedores directos del producto. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017, p. 58)

Sin haber certeza sobre quien recae la acción de garantía o demanda, lo cual generaba duda tanto a productores como a proveedores, y así se limita la defensa del consumidor a la hora de ejercer la acción de reparación. Una excelente aclaración sobre este tema fue desarrollada por la Superintendencia:

La Corte indicó que la responsabilidad por “producto defectuoso” recaía de manera solidaria en productores y proveedores del bien o servicio, como una obligación a través de la cual se garantiza que el consumidor no sufrirá ningún tipo de daño por causa de los productos o servicios que ha encontrado en el mercado. Señaló, adicionalmente, que la responsabilidad que se encuentra en cabeza del empresario, para los casos de vulneración a un derecho del consumidor, comporta una obligación de resultado, por lo cual el productor o proveedor de un “producto defectuoso”, deberá resarcir la totalidad de los perjuicios sufridos por el consumidor, a menos que pruebe alguna causal de exoneración de responsabilidad (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017, p. 59)

Además, es indispensable aclarar el régimen de responsabilidad Solidaria:

Sentencia C-1141 de 2000, la Corte Constitucional integró al régimen de responsabilidad a los productores como actores llamados a responder por la calidad e idoneidad de los bienes y servicios que ponen en el mercado, en consideración a la independencia del sujeto con el que se trabó el vínculo contractual. De este modo, se concluyó que el fabricante, sujeto que pocas veces pone en circulación el producto colocándolo en manos del consumidor final de manera directa, era llamado a responder en los mismos términos y condiciones previstos en la norma sustancial para el proveedor. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017, p. 58)

En consecuencia, se tiene que la reparación es un derecho del consumidor o usuario, tras adquirir un artículo mueble o inmueble, que no cumpla con las especificaciones ofertadas, o que presente daños, fallas en su funcionamiento o que no cuente con la seguridad establecida. Por tanto el consumidor podrá ejercer la garantía del mismo, o demandar

al proveedor o productor de dicho artículo. “Para que exista responsabilidad por “producto defectuoso” se requiere que se presente alguno de los dos siguientes daños: (i) muerte o lesiones corporales causadas por el defecto y (ii) daños producidos a un bien diferente al “producto defectuoso””. (Velandia, 2013, p. 215)

Al ejercer el derecho de acción con ocasión de los daños ocasionados por uno o varios productos defectuosos es necesario tener en cuenta la responsabilidad a la que el defecto o falla tenga lugar:

[R]esponsabilidad directa del fabricante frente a personas dañadas en su integridad psicofísica. En tal sentido es una forma de expresar que la responsabilidad de un fabricante no acaba con la venta que hace a un revendedor, continua siendo responsable por las consecuencias que tenga el producto como consecuencia de su uso. Es decir, su responsabilidad no se agota así el producto ya no se encuentre dentro de su órbita de propiedad, o en caso que hubiere sido vendido por un tercero que hubiere adquirido la propiedad del mismo. (Velandia Castro, 2013, p. 515)

4.5. Competencia jurisdiccional frente a la acción de responsabilidad por “producto defectuoso” y proceso.

De conformidad con lo expresado en el numeral dos (2) del artículo 56 de la ley 1480 de 2011, las acciones de responsabilidad por daños causados por “producto defectuoso” serán conocidas por la jurisdicción ordinaria previo agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, mecanismo alternativo de solución de conflictos en el cual de manera especial dentro del marco del nuevo Estatuto del Consumidor, se adjudicó a las partes la capacidad de pactar por fuera de las disposiciones del estatuto, cediendo así su carácter de normas de orden público, capacidad que; de acuerdo a lo expuesto por Correa Henao (2013); se debe limitar a aquellas ocasiones en las cuales se logra un acuerdo patrimonial favorable para el consumidor, ya que de lo contrario dicha capacidad desbordaría los principios y el objeto de la ley 1480 de 2011.

Disposiciones que deben entenderse concordantes con lo dispuesto por los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Ley 1564 de 2012 “Código General del Proceso”, en el entendido que de acuerdo con la cuantía los asuntos de responsabilidad por daños causados por “producto defectuoso” serán tramitados así: los asuntos de mínima cuantía por parte de los jueces de pequeñas causas y competencia múltiple y a falta de estos por parte de los jueces civiles municipales en única instancia, los asuntos de menor cuantía por parte de los jueces civiles municipales en primera instancia y los asuntos de mayor cuantía serán conocidos por

los jueces civiles de circuito, al tener que por regla general de competencia la demanda deberá presentarse ante el juzgado civil del lugar de domicilio del demandado y cuando éste cuente con varios lugares de domicilio se presentará en el lugar a elección del demandante.

La acción de reparación por daño ocasionado por “producto defectuoso” al ser un trámite no sometido a proceso especial será realizada a través del proceso verbal, con excepción de los asuntos de mínima cuantía que serán ejecutados por el proceso verbal sumario conforme lo expresado en el inciso primero del artículo 390 del Código General del Proceso, siendo así una acción perteneciente a la categoría de procesos declarativos, es decir, aquellos con los cuales se busca que el juez de conocimiento realice la declaración de la existencia o no de un derecho a favor del demandante, declaración que se soporta en la valoración y conocimiento de los hechos y las pruebas allegadas al juez dentro del trámite del proceso (Bejarano, 2018).

5. LÍNEA JURISPRUDENCIAL: APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMO EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PRESENTADAS EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR “PRODUCTO DEFECTUOSO” EN LA SALA DE CASACIÓN CIVIL - FAMILIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA

5.1. Principios del Derecho del Consumidor en Colombia

En este apartado se partirá de lo expuesto por Caycedo Espinel (2013, pág. 164) quien expresa que en Colombia se encuentran dos tipos de principios del derecho del consumo: por una parte los de rango constitucional consagrados en el artículo 78 superior y por otro los de rango legal, consagrados en la Ley 1480 de 2011, siendo así el autor propone como principios del derecho de consumo en Colombia los siguientes:

- Consagración constitucional⁹
- Asimetría (carácter tuitivo de las normas del Derecho del consumo)¹⁰

9. Hace referencia no tan sólo a la consagración del derecho del consumo en el art. 78 constitucional, sino a la interpretación prevalente de las normas del consumo y de protección del consumidor a su salud, integridad y vida frente a las demás normas de rango legal que regulan el intercambio de bienes y servicios en Colombia.

10. Hace referencia al reconocimiento del consumidor como parte débil en la relación de consumo, en consideración de que el ser humano dentro de la economía social de mercado (de tendencia liberal), ante la gran mayoría de situaciones de la vida, solamente puede satisfacer sus necesidades a través de las relaciones de consumo, siendo que su contraparte –productores, comercializadores– tiene acceso a información, poder económico y de negociación a las que no puede acceder el consumidor, de allí que sea necesario que las normas que regulan dicha relación mantengan un carácter tuitivo a favor del consumidor.

- Carácter individual y colectivo de las normas del Derecho del consumo¹¹
- Estructura especial de responsabilidad¹²
- Restricción a la autonomía de la voluntad¹³
- Ámbito de aplicación¹⁴
- Carácter integral de protección al consumidor¹⁵
- Y aplicación general¹⁶

De igual manera en la presente investigación se tienen en cuenta los principios de protección a las niñas, niños y adolescentes¹⁷ y de manera especial el *in dubio pro consumatore* en la interpretación de las normas del derecho del consumo¹⁸ (Correa Henao, 2013)

5.2. Análisis Dinámico de la Línea Jurisprudencial

Aplicación de los principios del derecho del consumo en la solución de controversias presentadas en ejercicio de la acción de responsabilidad

11. Hace referencia a que, por una parte el constituyente ubicó la protección de los derechos del consumidor en el Título correspondiente a la protección de los derechos colectivos, haciendo posible su protección a través de la acción popular y de grupo, pero sin embargo dentro del desarrollo legal y jurisprudencial, el carácter colectivo de estos derechos ha tenido una aplicación individual en protección del consumidor como sujeto singular de la relación de consumo.
12. Hace referencia a que, al tratarse de un derecho de estirpe constitucional el régimen de responsabilidad escapa a la tradicional contenida en el derecho civil, abriéndose con cada vez más fuerza la teoría de responsabilidad objetiva (o sin culpa) que transgrede la relatividad contractual, misma que el legislador a denominado como responsabilidad solidaria. (Relacionado con los arts. 4 y 5 de la Directiva de 25 de julio de 1985 de la UE)
13. Hace referencia al carácter de normas de orden público de todas las normas que regulan el Derecho del consumo, sin importar el rango de las mismas, carácter que se materializa en la ineficacia de los pactos que se realicen en contra de las disposiciones del derecho del consumidor y en la ineficacia de pleno derecho de las cláusulas abusivas presentes en los contratos de consumo, especialmente en los contratos de adhesión. (Relacionado con el art. 12 Directiva de 25 de julio de 1985 de la UE)
14. Hace referencia a la calificación que deben tener los sujetos que son parte de la relación de consumo, productores, comercializadores, importadores, consumidores y usuarios, calificación necesaria para ser sujeto de derechos de las normas previstas en el Derecho del consumo (presente en el literal b de la Declaración Presidencial de los derechos fundamentales del consumidor del Mercosur).
15. Hace referencia a que las normas del derecho del consumo no únicamente se limitan al reconocimiento sustancial de los derechos y obligaciones existentes en las relaciones de consumo, si no que las mismas transgreden este ámbito, disponiendo procedimientos y proceso especiales de protección de los derechos del consumidor y regulando los campos y mecanismos de participación de los consumidores y empresarios en las relaciones de consumo. (Relacionado con los literales e) y k) de la Declaración presidencial de derechos fundamentales de los consumidores del Mercosur)
16. La aplicación de las normas y principios del derecho del consumo, no se limitan a un o unos sectores de la economía, sino que por el contrario irradia todas las relaciones económicas en las cuales se encuentre inmersa una relación de consumo, por tanto el desarrollo de normativas sectoriales de protección al consumidor debe ceñir a la aplicación de los principios generales del derecho de consumo.
17. De manera especial, el Estatuto del Consumidor reconoce como posibles consumidores a las niñas, niños y adolescentes y por tanto remite sus normas al código de infancia y adolescencia, al tratarse de sujetos de especial protección constitucional.
18. Hace referencia a que en caso de existir duda en la interpretación para la aplicación de una norma del derecho del consumo, la duda debe resolverse a favor del consumidor, mismo principio que se materializa en la presunción de defecto en los productos que incumplan normas sanitarias, fitosanitarias y/o los reglamentos de elaboración del producto.

por “producto defectuoso” en la sala de casación civil-familia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Problema jurídico:	¿La sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia aplica los principios del derecho del consumidor al solucionar las controversias presentadas en ejercicio de la acción de responsabilidad por “producto defectuoso”?
Tesis	<p>Tesis 1: La sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia NO aplica los principios del derecho del consumidor al solucionar las controversias presentadas en ejercicio de la acción de responsabilidad por “producto defectuoso”.</p> <p>Tesis 2: La sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia APLICA los principios del derecho del consumidor al solucionar las controversias presentadas en ejercicio de la acción de responsabilidad por “producto defectuoso”.</p>

Problema jurídico:		
¿La sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia aplica los principios del derecho del consumidor al solucionar las controversias presentadas en ejercicio de la acción de responsabilidad por “producto defectuoso”?		
Tesis 1: La sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia NO aplica los principios del derecho del consumidor al solucionar las controversias presentadas en ejercicio de la acción de responsabilidad por “producto defectuoso”.	<ul style="list-style-type: none"> • 14/02/00* • 03/05/05** • 07/02/07*** • 30/04/09**** • 24/09/09***** 	Tesis 2: La sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia APLICA los principios del derecho del consumidor al solucionar las controversias presentadas en ejercicio de la acción de responsabilidad por “producto defectuoso”.

Punto arquimédico de apoyo:	A sabiendas que esta providencia ofrece las relaciones estructurales con otras providencias, se toma las características sugeridas por el Doctor Diego López Medina, es decir: que se trate de la decisión más reciente y que tenga el patrón fáctico con relación al caso en cuestión. El fallo que cumple con estas exigencias es la sentencia de fecha veinticuatro (24) de septiembre de dos mil nueve (2009). Ref. Expediente No. 05360-31-03-001-2005-00060-01.
-----------------------------	---

Ingeniería de reversa:	<p>Con la sentencia punto arquimédico se pasó a la revisión de las sentencias citadas por la Corte Suprema de Justicia sala de casación civil, entre las citas realizadas por dicha Corporación, se encuentran dos tipos de sentencias, por una parte la sentencia de constitucionalidad C-1141 de 2000 proferida por la CORTE CONSTITUCIONAL, igual que determina el sentido conceptual imprescindible y guarda correspondencia directa con el caso en cuestión en la aplicación de los derechos del consumidor, en el marco del Derecho de consumo, al ser una sentencia hito en el reconocimiento de los derechos del consumidor en Colombia.</p> <p>Por otra parte se encuentran las sentencias Sala de Casación Civil: 028 de 14 de marzo de 2000, exp. 5177, Sentencia 072 de 3 de mayo de 2005, exp 1999-04421-01, sentencia 016 de 7 de febrero de 2007, exp.1999-00097-01, sentencia de 30 de abril de 2009, exp.999-00629-01, dentro de procesos ordinarios de responsabilidad por daños ocasionados por productos defectuosos, que presentan el escenario de hechos que han conducido a consumidores a demandar bien sea al vendedor o productor para reclamar legítimamente sus derechos.</p> <p>A pesar del estudio de cada uno de los fallos citados en el punto arquimédico, no se logró ubicar nuevas sentencias citadas dentro del escenario jurisprudencial objeto de estudio, lo que conllevó a elevar petición ante la Corte Suprema de Justicia y ante Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Pasto y Bogotá, ante quienes se solicitó se informe de la existencia de precedentes diferentes, encontrándose que no existen más sentencias de los altos tribunales que aborden el tema.</p>
Nicho citacional:	A partir de lo anterior, se estableció el nicho citacional con la suficiente extensión para entender el desarrollo que se presenta en las sentencias de casación estudiadas, las que se encuentran, todas, ubicadas en el primer nivel dentro de la categoría de citación analógica.
Lapso estudiado:	Se han revisado todas las sentencias que la honorable sala de casación Civil - Familia de la Corte Suprema de Justicia ha pronunciado en demanda de casación dentro de procesos ordinarios. Se Inicia en el año 2000 y finaliza en el año 2017, es decir un periodo de diecisiete (17) años para un total de cinco (5) sentencias; al ser la más reciente proferida en el año 2009.

<p>Patrón factico similar:</p>	<p>Para el patrón fáctico objeto de estudio dentro en el cual concuerdan todas las sentencias analizadas se refiere a las demandas dentro del procedimiento ordinario (al tenerse que todas las sentencias estudiadas se dictaron en vigencia del Código de Procedimiento Civil Decreto 1400 de 1970) que pretenden la reparación al consumidor de los daños y perjuicios causados por productos defectuosos.</p>
--------------------------------	---

<p>Telaraña y puntos nodales</p>			
<p>2000</p>	<p>2005</p>	<p>2007</p>	<p>2009</p>
<p>Sentencia 028 de 14 de marzo de 2000, exp. 5177</p>	<p>Sentencia 072 de 3 de mayo de 2005, exp. 5000131030011999-04421-01</p>	<p>Sentencia 016 de 7 de febrero de 2007, exp. # 1999-00097-01</p>	<p>Sentencia de 30 de abril de 2009, exp. #1999-00629-01 Sentencia 24 de septiembre de 2009, exp. # 05360-31-03-001-2005-00060-01. (Confirmadoras de línea)</p>

<p>Sentencia fundadora de línea:</p>	<p>Como sentencia fundadora de línea se encuentra la de fecha 028 de 14 de marzo de 2000 dentro del expediente 5177, decisión que no presenta ni siquiera el análisis de la relación de consumo existente entre los demandantes y la empresa demandada Gases del Caribe S.A., la Corte basa sus decisiones en la aplicación del régimen de responsabilidad civil de realización de actividades peligrosas presente en el artículo 2356 del Código Civil de Colombia.</p>
<p>Sentencias hito:</p>	<p>Las sentencias con un “peso estructural fundamental” (López Medina, 2008, p. 162) dentro de la línea jurisprudencial y que por lo tanto da una respuesta de fondo al problema jurídico planteado en un contexto histórico específico, referente a la aplicación de los principios del derecho del consumidor en cuanto al derecho a la reparación por daños y perjuicios causados por “<i>producto defectuoso</i>”, en el cual la honorable Corte Suprema de Justicia se pronunció por primer vez son:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sentencia 072 de 3 de mayo de 2005 exp. 5000131030011999-04421-01 • Sentencia 016 de 7 de febrero de 2007, exp. 1999-00097-01.

5.3. Subreglas jurisprudenciales:

5.3.1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez. Bogotá Distrito Capital, catorce (14) de marzo de dos mil (2000). Ref. Expediente No. 5177

La Corte conoce el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el tribunal superior del distrito judicial de Santa Marta donde se declaró civilmente responsable a la sociedad Gases del Caribe (demandada) por los perjuicios ocasionados a consecuencia de la explosión de un cilindro de gas propano defectuoso (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2000).

Teniéndose que con ocasión del incendio, los demandantes debieron ser hospitalizados durante 45 días, sufrieron desfiguración facial, y se vieron impedidos para continuar en el desarrollo de sus actividades económicas, de igual manera sus bienes muebles varios resultaron consumidos por el fuego (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2000).

La Corte consideró que, se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclama a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar en principio, el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores, no se logra inferir con claridad meridiana que el cilindro señalado como causante del incendio, provenía de la mencionada empresa, al remarcar que no existe absolutamente ninguna otra referencia probatoria en el expediente sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que los demandantes obtuvieron cilindro defectuoso (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2000).

En este asunto la Corte aplicó la teoría de responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas teniendo en cuenta que la labor probatoria se debe orientar por el inciso 1o. del artículo 2356 del Código Civil, acogiendo el régimen de culpa presunta bastándole entonces a la víctima acreditar el daño y la relación de causalidad entre este y el proceder del demandado. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2000)

5.3.2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE. Bogotá Distrito Capital, tres (3) de mayo de dos mil cinco (2005). Ref. Expediente No. 5000131030011999-04421-01

La Corte conoce el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante, frente a los daños ocasionados por el accidente

aéreo de la aeronave AN-32-B, bien que había sido arrendado a la sociedad SERVICIO AÉREO DEL VAUPÉS - SELVA LIMITADA (demandante), accidente que se presentó cuando la aeronave era utilizada en el transporte de carga cubriendo el trayecto de Bogotá a Rionegro, siniestro que se debe a las presuntas fallas de fabricación de la aeronave (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2005).

La demandante expresa que como consecuencia del siniestro, murió la tripulación, se generó pérdidas materiales por daño emergente y lucro cesante y se vio afectado su good will (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2005).

En su decisión la Corte manifiesta que durante las actuaciones procesales la demandante no describió ninguna circunstancia específica que apuntara a demostrar que, de una u otra manera, se había visto involucrada en una “relación de consumo”, que es la que determina la aplicación de las normas especiales (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2005).

Con el estudio del principio de ámbito de aplicación y los elementos de juicio que se han dejado reseñados, es inevitable afirmar que la calidad de consumidor –y la consecuente aplicación del estatuto– sólo puede determinarse a partir del examen detallado de las circunstancias subjetivas y objetivas que rodean una relación específica. Lo que equivale a decir que al no poder acogerse a las normas propias de dicha categoría, ellas definitivamente no resultan aplicables a la situación litigiosa, y, por ende, el Estatuto del Consumidor no estaba llamado a regir el asunto¹⁹ (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2005).

5.3.3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete. Bogotá Distrito Capital, siete (7) de febrero de dos mil siete (2007). Ref. Expediente No. 23162-31-03-001-1999-00097-01.

La Corte conoce el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada, asunto en el cual el señor Tobías Assis Contreras

19. (...) siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto - persona natural o jurídica - persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial - en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social -, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo. Este punto de vista, cabe resaltar, es el que puede identificarse en numerosos ordenamientos jurídicos que, como adelante se examinará, catalogan únicamente como consumidor a quien sea destinatario final del bien o servicio, o, por otro lado, exigen que la adquisición o utilización esté ubicada por fuera de la esfera de actividad profesional o empresarial de quien se dice consumidor(...) (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2005).

demandó el pago de los perjuicios generados por la compra de semillas de sorgo producidas por la demandada, semillas que presentaban “intoxicación” y “síntomas de bajo vigor”, lo que generó en todos los casos una germinación deficiente, al tiempo que favoreció “su horadación por hormigas u otras causas”. El producto presentaba una germinación inferior en un 80% respecto del porcentaje en el que debía encontrarse para esa época, así como “poco vigor en las plantas”, causa que produjo perjuicios superiores a \$200'000.000, la producción también resulta alterada como consecuencia de los retrasos sufridos y las cambiantes condiciones climáticas, con mayor razón siendo que para cuando se presentó la demanda el cultivo se encontraba con un crecimiento y desarrollo inferior al esperado, debido justamente a la mala calidad y al bajo poder de germinación de las semillas. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2007).

La Corte en su decisión expresó, que a pesar de que el demandante intituló su libelo como de responsabilidad civil contractual, y en los hechos y pretensiones mencionó el contrato por medio del cual adquirió de Semillas & Semillas Limitada los referidos granos, se entiende que no podía descartarse que la actuación estaba encaminada a hacer efectiva la responsabilidad a cargo de la demandada, en su condición de productora de las mentadas semillas, constituía un soporte esencial de la reclamación, enderezada precisamente a que le fueran resarcidos los perjuicios derivados de la mala calidad de dichos elementos, representada en su poco vigor y bajo o casi ningún poder de germinación, supuesto que bien podría enmarcarse dentro de la normativa prevista por el artículo 11 del Estatuto del Consumidor. En aplicación del principio de asimetría la Corte aduce que este no puede ser limitado por el principio de la relatividad de los contratos, puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato entre el consumidor y el productor, las medidas de protección propias de su condición como parte débil han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante, como quiera que éste es quien tiene la capacidad empresarial de controlar la seguridad del producto que ha colocado en el mercado y luego no puede presentarse indiferente a sus eventuales defectos ni a los peligros que estos pudieran generar, como tampoco a las secuelas de orden patrimo-

nial que llegaren a afectar al consumidor ²⁰ (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2007).

5.3.4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA. Bogotá Distrito Capital, treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009). Ref. Expediente No. 25899 3193 992 1999 00629 01

La Corte conoce el recurso extraordinario de casación formulado por la parte demandante, donde se expresa que la recurrente adquirió el producto “LECHE LARGA VIDA”; producido por la demandada, el cual al ser consumido presuntamente le causó intoxicación, siendo remitida de urgencias al Hospital San Ignacio, donde se encontró en la valoración médica entre otras patologías: “VISIÓN BORROSA”. Luego de varios exámenes los expertos informaron que la leche no era apta para el consumo humano (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009).

La demandante continua enferma, y por este motivo ha venido perdiendo su capacidad visual. Pretende que la empresa demandada la indemnice de por vida. La Corte en su decisión expresó, que si bien puede decirse que corresponde a la víctima desarrollar una ardua tarea en materia probatoria, lo cierto es que la carga que le incumbe se atenúa en cuanto le es dado al juzgador presumir a) que el producto ha sido puesto en circulación por el fabricante o productor; b) que el defecto existía en el momento en el que se introdujo en el mercado, y c) y que fue el fabricante quien lo elaboró para venderlo. En fin, la verdad es que la conclusión a que llegó el ad quem, luego de examinar críticamente el acervo probatorio se encuentra dentro del terreno de la lógica y lo razonable, por tanto, no es manifiestamente errónea, no se logra demostrar

20. (...) puede afirmarse que la tutela efectiva de los intereses de los consumidores y usuarios, habida cuenta de la posición de inferioridad o debilidad que ordinariamente ocupan en el tráfico mercantil y la asimetría que caracteriza sus relaciones jurídico-económicas con los distribuidores o fabricantes, no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial, puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante, como quiera que éste es quien ha gestionado, controlado o dirigido el diseño y elaboración del producto, entre otros aspectos, así como ha determinado ponerlo en circulación o introducirlo en el mercado, adquiriendo, por contera, un compromiso en torno de la calidad e idoneidad del mismo, por lo que, desde luego, no puede resultar ajeno o indiferente a sus eventuales defectos o anomalías, ni a los peligros o riesgos que estos pudieran generar, como tampoco a las secuelas de orden patrimonial que llegaren a afectar a su destinatario final -consumidores o usuarios- o a terceros, con lo que queda claramente establecida una “responsabilidad especial” de aquél frente a éstos -ex constitutione-, que los habilita para accionar directamente contra el fabricante en orden a hacer efectivas las garantías a que hubiere lugar o a reclamar el resarcimiento de los daños que les fueran irrogados, sin que tal potestad pueda ser coartada por la simple inexistencia de un vínculo de linaje contractual, pues un entendimiento semejante no acompañaría con las directrices inequívocamente fijadas por la Carta Política, pues, como se sostuvo en el fallo que sujetó la constitucionalidad de los artículos 11 y 29 del decreto 3466 de 1982 precisamente a la existencia de una acción directa del consumidor frente al fabricante, el productor profesional produce para el mercado, se beneficia del mercado y debe responder ante el mercado (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2007).

el nexo de causalidad, por consiguiente, no prosperan los cargos (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009).

Con esta decisión la Corte abarca el estudio de varios de los principios del derecho del consumidor, frente a la asimetría de la relación de consumo expreso que es un deber del Estado el adecuar las normas de protección al consumidor acorde al avance tecnológico del mercado²¹; Frente al principio de estructura especial de responsabilidad, expresa que al romperse el principio de relatividad de los contratos es necesario aplicar lo dispuesto por el artículo 2344 del Código Civil, en cuanto a un régimen de responsabilidad solidaria²² y en igual sentido explicó la necesidad de demostrar el nexo causal por parte del demandante, al mantener que corresponde al demandante demostrar que por la falta de seguridad del producto se le ocasionó el daño, así como las consecuencias del mismo (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009)²³

5.3.5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete. Bogotá Distrito Capital, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil nueve (2009). Ref. Expediente No. 05360-31-03-001-2005-00060-01.

La Corte conoce los recursos extraordinarios de casación interpuestos por la parte demandada y su llamado en garantía, la parte demandante en este asunto desde enero de 2004 alimentaba sus caballos de paso fino con el concentrado denominado “Campeón Harina”, producido por la demandada y que compraba en la “agencia Layaca”, como de costumbre, en la primera hora de la mañana de 2 de junio de 2004 él

21. (...) el extraordinario desarrollo técnico e industrial, caracterizado por la producción en serie y la estandarización de los bienes ofertados, ha dado lugar, a nivel global, a tendencias de consumo masivo que exigen de las sociedades la modernización de sus estructuras económicas y jurídicas para afrontar adecuadamente los retos que el modelo reclama; por supuesto que las múltiples consecuencias inicuas que él aparece, implican acentuar en diversos ámbitos la intervención estatal con el fin de atenuar el desequilibrio económico y acondicionar así el ordenamiento jurídico a las nuevas prioridades de la comunidad (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009)
22. Siendo así la responsabilidad de unos y otros (fabricadores y proveedores) se caracteriza porque: i) trasciende a la relación contractual derivada de la compraventa o adquisición de bienes y servicios, ii) Precisamente por lo anterior, se desdibuja o atenúa en estos asuntos la importancia de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, al punto de ser irrelevante y iii) se configura una responsabilidad solidaria, siguiendo los derroteros previstos en el artículo 2344 del Código Civil. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009)
23. Siendo de gran relevancia en asuntos como el sub examine el demostrar el nexo causal, ya que es claro, que el damnificado se quedaría en la mitad del camino si se circunscribiera a demostrar únicamente que el producto es defectuoso; por supuesto que su compromiso es de mayor hondura, en cuanto le incumbe probar, igualmente, que el perjuicio que padeció fue causado por las condiciones de inseguridad del mismo. En consecuencia, corresponde al actor acreditar, también, que la falta de seguridad del producto le causó la lesión que lo afectó, así como las consecuencias que de ella se desprende. Y si bien en algunas ocasiones no será menester acudir a específicos medios probatorios, en no pocos casos, por el contrario, será necesario recurrir a exigentes experticias que pongan de presente la causalidad existente entre el bien fabricado defectuosamente y el detrimento alegado, esto, precisamente, porque la fijación de la relación causal suele concernir con complejas cuestiones científicas que requieren conocimientos especializados, tanto más cuando se trata de establecer la extensión del resarcimiento. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009)

le ordenó a sus empleados suministrarle a los caballos aquel producto, produciéndose el envenenamiento de 10 ejemplares y la posterior muerte de 5 de ellos. Se genera perjuicio, daño y afectación de los bienes muebles semovientes en desarrollo de la compraventa y crianza de caballos de paso fino, la venta de semen y la prestación del servicio de la pesebrera “Los Arrieros”. Al encontrar que no existe prueba con base en la cual se pueda asegurar, sin caer en inocultable yerro fáctico, que el concentrado Campeón Harina producido por la demandada, estuviese contaminado con la toxina DAS, y que fue, por tanto, tal defecto el agente desencadenante de las dolencias y posterior muerte de los cinco equinos de propiedad del actor, como aquél así dio por concebirlo; y, por el otro, cercenó el verdadero alcance de esos medios de demostración, porque, conforme a los otros pasajes de ellos últimamente referidos, se descarta del todo la causa en cabeza de la demandada, habida cuenta de la multitud de variables que se desprenden de tales probanzas, sin que existe la menor claridad acerca de que alguna de ellas se pudiera derivar de una acción u omisión de aquélla. Lo que es suficiente para quebrar el fallo impugnado. Por lo mismo, es incontrovertible que aquél infringió las normas sustanciales que en los cargos estudiados fueron indicadas como infringidas.

Frente al principio de asimetría la Corte sostuvo que el artículo 78 superior impuso sobre los productores el deber de velar por la seguridad y calidad de los productos que coloquen en el mercado, al imponerse sobre ellos la responsabilidad por los posibles daños que sean causados por sus mercancías²⁴; de igual manera adujo que la estructura especial de responsabilidad especial y especialmente el nexo causal se debe entender como la relación causal que busca establecer que una lesión proviene como consecuencia de un determinado hecho anterior, de suerte que al hablar de ella se hace referencia a la causa del daño que tiene relevancia jurídica y que por ende no puede atribuirse responsabilidad sin que de manera antelada se haya acreditado a plenitud la autoría del perjuicio, deber probatorio que no puede ceder al tratarse

24. (...) en orden a hacer efectiva la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios, dada la evidente posición de inferioridad o de debilidad que ordinariamente ocupan en el tráfico mercantil y la asimetría que caracteriza sus relaciones jurídico-económicas con los distribuidores o fabricantes, en el ámbito interno la Carta Política previó una responsabilidad especial, amén de propia o autónoma, a cargo de éstos, al prescribir en su artículo 78 que “serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”, es decir, que les impuso la obligación de velar porque los bienes que ofrezcan y los servicios que prestan cumplan con las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad naturalmente esperadas de los mismos; es palmario, desde luego, que así como obtienen las utilidades por el trascendental papel que desempeñan en el proceso de producción y comercialización de unos y otros, del mismo modo deben asumir los riesgos que se desprenden del desarrollo de la respectiva actividad.

de un modelo de responsabilidad especial, como últimamente se ha llamado a la derivada de las normas atinentes al derecho de protección al consumidor²⁵. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009)

5.4. Estudio de la Aplicación de los principios del derecho del consumo en la solución de controversias presentadas en ejercicio de la acción de responsabilidad por “producto defectuoso” en la sala de casación civil - familia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Dentro del desarrollo de la línea jurisprudencial anteriormente presentada se encontró que la jurisprudencia de la sala civil-familia de la Corte Suprema de Justicia se puede dividir en tres estadios, (i) un estadio anterior a la sentencia C - 1141 de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia, en el cual a pesar de encontrarse vigentes el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y el Decreto 3466 de 1982 mediante el cual se expidió el Estatuto del Consumidor, los daños causados por “producto defectuoso” eran estudiados y decididos por la sala en aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil contractual, extracontractual y en asuntos como el analizado en la sentencia de 14 de marzo de 2000 en aplicación del régimen de responsabilidad por actividades riesgosas, contexto en el cual la Corte suprema no entra a estudiar las condiciones especiales de la relaciones de consumo y por ende no aplica los principios del derecho del consumo; (ii) un segundo momento, posterior a la expedición de la sentencia C-1141 de 2000 momento en que la sala comienza a aplicar los principios del derecho del consumo como fuente del derecho en sus decisiones, como se encuentra en la sentencia de fecha 3 de mayo de 2005, primer sentencia en que la Corte se expresa frente al derecho de consumo y las relaciones existentes dentro de dicha área del Derecho, refiriéndose especialmente al principio de ámbito de aplicación, motivo por el cual a pesar de tenerse probado el daño ocasionado por los defectos del producto (aeronave siniestrada) se decide no aplicar las normas del consumo al encontrar

25. Ahora bien, en cuanto toca con la relación causal, ha de verse cómo de modo inveterado se ha dicho que ella hace referencia al enlace que debe existir entre un hecho antecedente y un resultado consecuente, de donde la determinación del primero puede dar lugar a establecer la autoría material del daño; por su conducto se pretende entonces hallar una relación de causa a efecto entre el perjuicio y el hecho del sujeto de derecho o de la cosa a quien se atribuye su producción; se trata, por tanto, de establecer si una lesión proviene como consecuencia de un determinado hecho anterior, de suerte que al hablar de ella se hace referencia a la causa del daño que tiene relevancia jurídica. La valía de este presupuesto no ha de ser ignorada habida cuenta que, como es suficientemente conocido, no se puede atribuir responsabilidad sin que de manera antelada se haya acreditado a plenitud la autoría del perjuicio, deber probatorio que no puede ceder al tratarse de un modelo de responsabilidad especial, como últimamente se ha llamado a la derivada de las normas atinentes al derecho de protección al consumidor -decreto 3466 de 1982- (sentencia 016 de 7 de febrero de 2007, exp.#1999-00097-01), la víctima está eximida de demostrar los fundamentos fácticos estructurales del citado nexo, puesto que, aún en estos particulares o especiales supuestos, a aquél en todo caso le tocaría ejercer a cabalidad la carga de demostrarlo. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009)

que el demandante no demostró su calidad de consumidor dentro del proceso.

Y (iii) un tercer estadio en el cual la Corte hace una clara aplicación de los principios del derecho del consumo en las controversias generadas por los daños ocasionados por producto defectuoso, teniendo como sentencia hito la de fecha 7 de febrero de 2007, decisión en la cual apartándose de lo expresado el 3 de mayo de 2005, se hace primar el principio de asimetría frente al de ámbito de aplicación, al encontrar que en dicho momento para la sala es más relevante la responsabilidad social del productor al colocar un “producto defectuoso” en el mercado, estadio que se confirma con las dos decisiones de la Corte del año 2009, en las que centra sus decisiones en el desarrollo de la teoría de la estructura especial de responsabilidad sin culpa, de acuerdo con el precedente judicial coloca en cabeza del demandante el deber de probar el defecto del bien, el daño y el nexo causal existente entre el uso o consumo del “producto defectuoso” y el daño ocasionado al actor, deber que no cede por tratarse de una responsabilidad especial y frente al cual la Corte no aplica el principio de inversión de la carga de la prueba.

Finalmente se encuentra que al no existir decisiones de la sala de casación civil-familia de la Corte Suprema de Justicia posteriores a 2009, la Corte no ha entrado a estudiar y por tanto a aplicar principios propios de la ley 1480 de 2011, de manera especial los principios de protección especial a los menores de edad y el *in dubio pro consumatore*, mismos que se espera que con el avance de la jurisprudencia de la corporación alcancen un desarrollo en el derecho del consumo, el cual es de gran relevancia en la actualidad y especialmente en las sociedades altamente industrializadas y globalizadas como la actual, donde cada vez son menos las necesidades básicas que se suplen sin acceder a la relación de consumo y en donde cada vez es mayor la distancia existente entre los extremos intervinientes en los actos jurídicos de adquisición de productos y servicios.

CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado en el presente artículo sobre el “Análisis del impacto de la acción de responsabilidad por ‘producto defectuoso’, en la aplicación de los principios del Derecho del Consumo, contenida en el nuevo Estatuto del Consumidor –ley 1480 de 2011– en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia”, se puede concluir que:

- ❖ En el mundo actual con el desarrollo de la técnica, la tecnología, la producción en masa, el fenómeno conocido como globalización, el auge de los medios de comunicación y especialmente el internet y las redes sociales, el mercado ha cambiado y por tanto han cambiado las relaciones de consumo, dentro de las cuales es cada vez mayor la distancia existente entre el productor y el consumidor final de los bienes y servicios ofertados dentro del mercado, en igual sentido son menos las necesidades que se satisfacen sin acceder al mercado, motivos que conllevan a aumentar la asimetría existente entre las partes intervinientes en la relación de consumo, al resaltar la importancia de la responsabilidad que conlleva para el productor y demás intermediarios de la cadena de consumo el evitar colocar productos defectuosos en el mercado, y por ende se impida generar peligro para los consumidores y el público en general. De manera directamente proporcional se hace necesario generar normas de derecho dúctiles que empoderen al consumidor en el ejercicio de sus derechos y al mismo tiempo dinamicen las relaciones de consumo sin afectar la libertad de empresa, de allí la importancia del estudio y desarrollo de los principios del Derecho de Consumo en el mundo actual, principios que en su aplicación apoyarán el progreso de las relaciones de consumo.
- ❖ En Colombia existe un tipo de Responsabilidad con estructura especial dentro de las relaciones de consumo y específicamente frente a los daños causados por “producto defectuoso”, régimen que irrumpe frente a los tradicionales de responsabilidad civil contractual y extra- contractual, al tratarse de un modelo de responsabilidad solidaria sin culpa, dentro del cual la víctima debe demostrar el daño, el defecto existente en el producto y el nexo causal entre el uso o consumo del *producto defectuoso* y el perjuicio ocasionado en su salud, vida o sobre sus bienes, sin hacerse necesario demostrar el error o la negligencia que dieron lugar al defecto existente en el producto, esto en aplicación y desarrollo del principio de asimetría de las relaciones de consumo.
- ❖ La Ley 1480 de 2011, no se limitó a desarrollar el derecho sustancial de la relación de consumo, sino que en aplicación de la integralidad el legislador dispuso y determinó las vías pro-

cesales necesarias para que el consumidor materialice sus derechos reconocidos en el presente Estatuto del Consumidor, entre aquellos medios reguló la acción de responsabilidad por daños causados por producto defectuoso, la cual se enmarca en el proceso declarativo propiamente dicho y se desarrollará a través de la cuerda del proceso verbal dispuesto en el Código General del Proceso, en un régimen de responsabilidad solidaria, que por tratarse de una acción de carácter tuitivo rompe con el principio general de relatividad de los contratos (*res inter aleas actos*), es decir que se puede incoar por el consumidor final; sin importar si es este quien participó en la relación de consumo (piénsese quien recibe un detalle o quien consume un alimento comprado por un familiar), y se puede exigir frente al productor, comercializador, importador o interviniente en la cadena de producción, extendiendo así la responsabilidad de aquellos por la indemnidad del producto frente al público en general.

- ❖ En la presente investigación dentro del periodo estudiado se encontraron únicamente cinco sentencias de casación proferidas por la Sala civil-familia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, siendo la última la Sentencia del 24 de septiembre de 2009, decisiones anteriores a la expedición y entrada en vigencia de la ley 1480 de 2011 por la cual se expide el “nuevo Estatuto del Consumidor”, por tanto aún la Corte Suprema de Justicia de Colombia no ha conocido un asunto de reparación por daños causados por *producto defectuoso* en el contexto de la nueva normativa, la jurisprudencia del alto tribunal no hace referencia a nuevos principios de esta área del Derecho tales como: la protección especial de los menores de edad, el *in dubio pro consumatore*, el alcance y aplicación de la responsabilidad solidaria frente a los posibles daños causados por defecto de uno o varios productos, la vinculación al proceso de los intervinientes no demandados, principios e instituciones que se espera sean desarrolladas por la Corporación en su calidad de Corte de Cierre de la jurisdicción civil y comercial en Colombia.
- ❖ Como se evidencia en desarrollo de la Línea jurisprudencial: “Análisis del impacto de la acción de responsabilidad por “producto defectuoso”, en la aplicación de los principios del De-

recho del Consumo, contenida en el nuevo Estatuto del Consumidor –ley 1480 de 2011– en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia”, la Corte Suprema de Justicia a través del desarrollo de su jurisprudencia ha progresado en la aplicación de los principios del Derecho del consumo en la solución de controversias originadas por la responsabilidad de daños causados por “producto defectuoso”, en aplicación reiterada de los principios: ámbito de aplicación, asimetría y en las últimas decisiones con mayor énfasis aclaró el alcance de los principios: estructura especial de responsabilidad y el modelo de responsabilidad solidaria existente en las relaciones de consumo, sin perder de vista que la última sentencia que abordó la temática (24 de septiembre de 2009) es anterior a la expedición del nuevo Estatuto del Consumidor.

REFERENCIAS

- Arrubla Paucar, J. A. (2013). La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la posición del adherente en el sistema colombiano. En C. L. Valderrama Rojas, *Perspectivas del derecho del consumo* (p. 355-388). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente (20 de julio de 1991). *Constitución política de Colombia de 1991*. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Barrantes, J. (4 de julio de 2016). La compraventa de consumo. Palencia: Universidad de Valladolid.
- Bejarano, R. (17 de julio de 2018). *Introducción al CGP Video de YouTube*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=ISG98Sv6Z6Q&list=PLVy-8j09ks3j8ypoWlqCzWGpDVqBlr-blP>
- Caycedo Espinel, C. G. (2013). Principios e instituciones del Derecho de Protección del consumidor en Colombia. Lineamientos del sistema legal de protección a consumidores y usuarios en Colombia, conforme con la Doctrina Constitucional y de Casación Civil. En Valderrama Rojas, C. L. *Perspectivas del derecho del consumo* (p. 159-226). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Congreso de la República. (12 de octubre de 2011). *Ley 1480 de 2011*. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html#1
- Consejo de la Unión Europea (25 de julio de 1985). *Productos defectuosos: responsabilidad por los daños causados*. Obtenido de eur-lex.europa.eu:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGIS-SUM%3A132012
- Correa Henao, M. (2013). El Estatuto del Consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas. En C. L. Valderrama Rojas, *Perspectivas del derecho del consumo* (p. 77-158). Bogotá DC: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (14 de marzo de 2000). Sala de casación civil. *Sentencia de fecha 14 de marzo de 2000*, MP Manuel Ardila Velásquez. Bogotá DC.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (3 de mayo de 2005). Sala de casación civil. *Sentencia del 3 de mayo de 2005*, MP César Julio Valencia Copete. Bogotá DC.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (7 de febrero de 2007). Sala de casación civil. *Sentencia del 7 de febrero de 2007*, MP César Julio Valencia Copete. Bogotá DC.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (30 de abril de 2009). Sala de casación civil. *Sentencia del 30 de abril de 2009*, MP Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá DC, Bogotá DC, Colombia: Gaceta Oficial.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (24 de septiembre de 2009). Sala de casación civil. *Sentencia del 24 de septiembre de 2009*, MP César Julio Valencia Copete. Bogotá DC, Bogotá DC, Colombia: Gaceta Oficial.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (24 de mayo de 2017). Sala de casación civil. *Sentencia del 24 de mayo de 2017*, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona. Bogotá DC, Bogotá DC, Colombia: Gaceta oficial.
- Donoghue v. Stevenson, A.C. 562 House of Lords of Scotland (26 de mayo de 1932).
- Escola v. Coca-Cola Bottling Co, 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436 (Supreme Court of California 5 de July de 1944).
- Espinoza Apráez, B. (2015). La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional. *Revista de Derecho Privado*, 367-399.

Henao, J. C. (enero-junio de 2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, 277-366.

López Medina, D. (2008). El derecho de los jueces. Bogotá: Legis.

Mercosur (15 de diciembre de 2000). *Declaración presidencial de derechos fundamentales de los consumidores del Mercosur*. Obtenido de www.mercosur.int: http://www.mercosur.int/msweb/SM/DefCons/es/DecPres_DireitoConsumidor.pdf

Mullen v. Barr Co , S. C. 461, 479. (House of Lords of Scotland 1929).

Ortiz Gómez, G. (2010). El nexos causal en la responsabilidad civil. En M. Castro Cifuentes,

Derecho de las obligaciones (Vol. 2). Bogotá DC: Temis.

Colombia. Corte Constitucional (2003, 30 de agosto). Sentencia C-1141 de 2000, D-2830.

Stiglitz, G. (2013). Derecho y políticas de defensa del consumidor en América Latina - la experiencia colombiana. En C. L. Valderrama, *Perspectivas del Derecho del consumo* (p. 23-32). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio (2017). *Protección al consumidor en Colombia*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

Velandia Castro, M. (2013). Acciones derivadas de las fallas en los productos. En C. L. Valderrama Rojas, *Perspectivas del derecho del consumo* (p. 499-520). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Villalba Cuéllar, J. C. (2014). La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano. *Civilizar*, 17-39.

Winterbottom v. Wright, 10 Meeson & Welsby 109 (1842) (Court of Exchequer - Trinity Term 6 de june de 1842).

LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN EL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA: REVISIÓN DE SUS PROPUESTAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Ximena Idrobo Obando¹

Fecha de recepción: 28 de junio de 2019

Fecha de aceptación: 22 de agosto de 2019

Referencia: IDROBO OBANDO, Ximena (2019). *La participación de las mujeres en el Proceso de Paz en Colombia: Revisión de sus propuestas sobre la participación política*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 5. Núm. 8. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: El documento presenta los principales hallazgos del trabajo investigativo socio-jurídico, en el cual se realiza una descripción de la participación del movimiento de mujeres y feminista colombiano en el contexto de la fase de negociación de los acuerdos del proceso de paz y sus propuestas en torno a la participación política de las mujeres.

Palabras clave: Participación política, proceso de paz, feminismo, democracia paritaria.

ABSTRACT: The document presents the main discoveries resulted from the social-juridical work, in which a description of the involvement by Colombian women's and the feminist movements is made; specifically on the context of peace agreements talks stage, and their proposals around woman's political participation.

Key words: Political participation, peace process, feminism, parity democracy.

1. Abogada feminista. Investigadora del grupo de investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño "Derecho, Justicia y Región DEJURE".

I. INTRODUCCIÓN

En Colombia existe un déficit de participación política de las mujeres dada la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, que denota que aún estamos en proceso de consolidación de la plena ciudadanía para las mujeres. Entendiendo la participación política desde una dimensión amplia de este concepto, que no se agota en el sistema político-electoral, sino que interviene en todas las instancias de decisión de los asuntos de interés público.

De ahí que las exigencias y vindicaciones de las mujeres buscan la garantía de la participación política en tanto “inclusión y representación” (Wills, 2017, p. 31) como fundamento indispensable para lograr dicha ciudadanía y que sus aspiraciones democráticas sean asuntos de interés público y tengan incidencia. Estos dos conceptos a los que se refiere la autora permiten medir el grado de participación de las mujeres, los grados de inclusión atienden a la mayor presencia de las mujeres en los espacios de decisión política y ámbitos de poder que generan cambios en la conformación de esos espacios donde históricamente las mujeres han estado excluidas o sub representadas y erradicando los obstáculos para que las mujeres logren acceder a las élites políticas. Por su parte, los grados de representación política implican que exista una institucionalidad específica que garantice la plena ciudadanía, toda vez que la mera inclusión de las mujeres no supone que los intereses y reclamos de las mujeres sean asumidos como un compromiso en clave de género o que impliquen la democratización de las relaciones de género.

Existen tres condiciones generales en Colombia que propician el desarrollo y la permanencia de barreras para el ejercicio de la participación política: la feminización de la pobreza, el conflicto armado que afecta de forma diferencial y exacerbada a las mujeres y plantea un riesgo/amenaza para quienes participan políticamente y los patrones culturales patriarcales; los roles de género y estereotipos machistas. (Fundación para la Investigación y el Desarrollo de Nariño Milcíades Chaves Chamorro [Finmil.], 2015, p. 30).

El proceso de paz planteó un escenario para tramitar de forma negociada el conflicto armado interno, el gobierno colombiano y la ex guerrilla de las FARC-EP acordaron la necesidad de gestar cambios en el sistema político con miras a la ampliación y cualificación democrática, el fortalecimiento del pluralismo democrático y la inclusión política. El movimiento feminista y social de mujeres intervino en esta oportu-

nidad política en la fase de negociación de los acuerdos, participando en las instancias creadas, ejerciendo presión para que se consagren medidas tendientes a la eliminación de las barreras al ejercicio del derecho a la participación política, se amplió la inclusión de las mujeres en los escenarios de toma de decisiones como la Mesa de Negociación y continuando con el legado histórico de lucha por la inclusión, la representación de sus intereses y el posicionamiento de la agenda que el movimiento social ha logrado construir.

Como se demostrará en las siguientes líneas las propuestas del movimiento social de mujeres y feminista van más allá de las exigencias legales, y por lo tanto no se limitan a la reivindicación de la igualdad material de las mujeres en la participación política al interior del régimen democrático, pues reconocen que en este perviven diferentes sistemas opresores que impiden que los ciudadanos sean libres e iguales. En consecuencia, las propuestas son una apuesta por un nuevo tipo de sistema democrático y de ciudadanía; la Democracia Paritaria.

Este texto se encuentra organizado en tres partes. En la primera, denominada “¡Democracia en la cama y paz en La Habana!” se describe la metodología de la investigación y los principales hallazgos y resultados. En la segunda, estos resultados son puestos en discusión desde diferentes tópicos. Y finalmente en la tercera parte se plantean las conclusiones.

¡Democracia en la Cama y Paz en La Habana!

La investigación es un trabajo descriptivo que se desarrolla desde el punto de vista feminista y se vale del método cualitativo para realizar la observación dinámica de un fenómeno social como lo es la participación política de las mujeres y sus aportaciones. El diseño metodológico de la investigación comprende el desarrollo de cuatro componentes, a saber: un marco normativo nacional e internacional en relación al derecho a la participación, un segundo componente que desarrolla el marco teórico sobre el concepto de ciudadanía, la participación y la democracia paritaria, el tercer componente es una aproximación a la participación de las mujeres y su intervención en los antecedentes procesos de paz y finalmente, en el cuarto componente se desarrolla el núcleo central de la investigación, determinándose las propuestas que se presentaron en los espacios de participación que emergieron en la fase de negociación del proceso de paz, especialmente en dos de estos: el Foro sobre Participación Política, que fue un espacio institucional dis-

puesto para la participación ciudadanía y otro gestado desde el mismo movimiento de mujeres; la Cumbre de Mujeres y Paz.

Antes de presentar los principales resultados obtenidos, es necesario reconocer el contexto en el que se gestó la participación de las mujeres en el proceso de paz y la dinámica de los espacios en los cuales las mujeres plantean su posicionamiento y propuestas.

En este sentido se advierte que, en la fase exploratoria del proceso de paz, la participación de las mujeres fue precaria y no se planificó su inclusión, lo cual generó una amplia crítica por parte de la sociedad civil y las organizaciones de mujeres quienes reclamaron: “Las mujeres no queremos ser pactadas sino ser pactantes” (Ceipaz, 2014, p. 12). En respuesta a esta presión social que reclamó la garantía al derecho a la inclusión y participación de las mujeres en la solución de los conflictos y la construcción de la paz, consagrado internacionalmente en la Resolución 1325 de 2000 de Consejo de Seguridad de ONU, se logró: la inclusión de tres mujeres (dos de la delegación del Gobierno y una de las FARC-EP) en la Mesa de Negociaciones, quienes representan el 15% del máximo órgano de decisión política (Chaparro y Martínez, 2016, p. 21), una notable inclusión en: las Mesas de Apoyo a la Mesa de Negociación, donde las mujeres fueron mayoría y especialmente en la Subcomisión de Género, al ser esta la instancia más importante en términos de participación de las mujeres dentro del proceso. También se consiguió la ampliación de los escenarios de participación ciudadana y la inclusión del enfoque de género con algunas de las propuestas, particularmente las presentadas por la Cumbre de Mujeres y Paz a los borradores de acuerdo.

Ahora bien, pese a la desconfianza en la institucionalidad y la falta de garantías para la protección de las lideresas de las organizaciones sociales (Pedraza, 2016) quienes vienen siendo amenazadas y asesinadas de forma sistemática, la participación de las mujeres en los espacios dispuestos para la participación ciudadana en la fase de negociación de los acuerdos fue resaltante. La Oficina del Alto Comisionado para la Paz asegura que la Mesa de Conversaciones recibió en total siete mil ciento setenta y dos propuestas provenientes de trescientas organizaciones de las mujeres, enviadas a través de los Foros Nacionales, las Mesas Regionales, los formularios físicos y virtuales, y la Cumbre de Mujeres y Paz.

Retomando la importancia de la Subcomisión de Género como un escenario de participación de las mujeres en tanto inclusión y represen-

tación, se precisa que este órgano es un precedente importante para la resolución de los conflictos a nivel internacional, pues a excepción de Sri Lanka, no se ha creado una instancia similar en otros procesos de paz. La principal potestad que se le designó a la Subcomisión de Género fue la de realizar las recomendaciones a la Mesa de Negociaciones en la incorporación del enfoque de género en los acuerdos de paz, sin que exista garantía de que dichas recomendaciones se acepten e implementen, por lo tanto, este mandato es limitado ya que no se le faculta a tomar decisiones relacionadas con este asunto, ni tampoco a realizar modificación a los acuerdos (Bouvier, 2016, p. 21-22).

Desde el sentir de las integrantes de la Subcomisión este fue el espacio más visible de la participación de las mujeres. Su principal logro fue consolidar el enfoque de género en los acuerdos de paz; para ello formaron alianzas y trabajaron de manera coordinada para: “cuidar el proceso de paz” (Suescún y Fajardo, 2017, p. 50). La Subcomisión consciente de la necesidad de ampliar los escenarios para la participación de la sociedad civil y en especial de las mujeres en el proceso de paz, logró que se recibiera en la Mesa de Negociaciones una segunda serie de visitas de representantes de organizaciones de la sociedad civil, en calidad de expertos, pues al inicio de las negociaciones solo se había contemplado la primera serie de visitas por el mecanismo de participación ciudadana de invitación directa. En la primera visita, concurrieron las delegaciones de víctimas y organizaciones sociales entre agosto y diciembre de 2014. En la segunda se contempló tres encuentros con organizaciones de mujeres y LGBTI; una reunión con expertas sobre violencia sexual, representantes de organizaciones de mujeres y mixtas, y una reunión con mujeres excombatientes de grupos insurgentes provenientes de diferentes países (Suescún y Fajardo, 2017, p. 36), quienes evidenciaron las afectaciones diferenciales del conflicto armado interno sobre las mujeres y personas LGTBI y presentaron perspectivas, recomendaciones y propuestas a partir de su experiencia.

En este contexto, las organizaciones sociales y feministas manifestadas en un movimiento social y político donde convergen diversas mujeres: afrodescendientes, raizales, palenqueras, indígenas, campesinas, personas LGTBI, entre otras, van a plantear sus posturas, reivindicaciones y propuestas en torno a la participación política.

El Punto de partida es el reconocimiento del déficit de la participación política de las mujeres en los escenarios de poder político institucionales, y la condición de discriminación, opresión y exclusión his-

tórica de las mujeres (especialmente de las mujeres rurales), agudizada por el conflicto armado. Sin embargo, se rompe con la visión institucional que ha caracterizado a las mujeres como víctimas, negándoles su condición de sujetas políticas, y se centra en la necesidad del reconocimiento social e institucional de la activa acción política que realizan las mujeres en los territorios, en las estructuras políticas de sociales y comunitarias. De ahí, que se reclame como elemento primordial para la participación política, y el pleno goce y ejercicio de sus derechos como ciudadanas plenas, el reconocimiento y la visibilidad de las mujeres como mediadoras de los conflictos, constructoras de paz territorial y de tejido social, a fin de que se legitime su presencia en la esfera pública, se valore y por tanto sea efectiva y tenga incidencia pues “...esa participación no se ve, se oculta, no se legitima y no se le otorga representación” (Suescún y Fajardo, 2017, p. 125).

El eje central de las propuestas es la Paridad como un principio ético-político que resignifica y radicaliza la democracia, transformándola en un nuevo sistema político por medio de un renovado pacto social que permite:

“...transformaciones al modelo capitalista, al sistema patriarcal, a la heterosexualidad como modelo hegemónico y eliminar los estereotipos racistas y los estereotipos acerca de lo que debemos hacer las mujeres y lo que deben hacer los varones, para pasar a repartir paritariamente el poder y las responsabilidades en todos los ámbitos de la vida social y política. Asimismo, se hace indispensable generar formas para administrar el poder político paritariamente y transformar las instituciones que sustentan la dominación y la explotación de las mujeres como la iglesia, la familia y el Estado. (Mujeres por la Paz, 2013, p. 4)

Entonces, democratizar es repartir paritariamente el poder y las responsabilidades, generando obligaciones para el Estado, el sector privado, la sociedad, por ejemplo: en la corresponsabilidad del trabajo de cuidado y reproductivo no remunerado que tradicionalmente han sido asumido por las mujeres, pues con este cambio en las cargas y responsabilidades se garantiza la conciliación entre la vida personal, familiar, social, comunitaria y laboral tanto para mujeres como para los hombres. *iDemocracia en la cama y paz en La Habana!*” (Tobón, 2016, p. 24).

La transformación del sistema político a partir de la paridad implica transgredir las estructuras de poder y relaciones económicas, sociales, políticas en la esfera pública y privada, y en consecuencia las relaciones de subordinación, opresión y exclusión no sólo de las mujeres

sino de todos los ciudadanos a quienes nos atraviesan estas estructuras de poder opresivas y que configuran incluso la propia subjetividad individual.

En relación a la paridad con alternancia, universalidad (paridad entendida como la cuota del 50%, la alternancia es la lista cerrada tipo cremallera en la cual se alterna el orden de los candidatos de acuerdo al género y la universalidad que aplica para todas las circunscripciones territoriales) se plantea su constitucionalización, para que esta medida de acción positiva o afirmativa del 50/50, se aplique en los espacios de representación política en todos los niveles territoriales: planes de ordenamiento territorial, planes de desarrollo, rurales, altas cortes, organismos de control, electorales, consultas previas, etc.

También se reclama la paridad como medida democratizadora, en la participación de las instancias, mecanismos, órganos creados para la implementación y la verificación y seguimiento a la implementación de los acuerdos. Además, se propone que los movimientos y partidos que surjan tras el acuerdo tengan esta composición paritaria y se garantice especialmente la participación de las mujeres excombatientes.

Respecto de las garantías necesarias para la participación, las propuestas son diversas y van desde un plano más específico y directamente relacionado con el ejercicio político, verbigracia: la financiación para campañas de mujeres, la formación política, el estatuto de oposición política, las circunscripciones especiales, la creación de un partido político de mujeres, entre otras, hasta medidas para mejorar las condiciones de vida de las mujeres, de fortalecimiento y articulación institucional y social, que repercuten en el ejercicio del derecho a la participación. Entre ellas se destacan:

La adopción del enfoque diferencial, de género, pluriétnico y etario (para favorecer la participación de los jóvenes) en los partidos y movimientos políticos. La formación política para el electorado y medidas especiales de formación específica dirigida al colectivo de mujeres, a los partidos y movimientos políticos, a fin de eliminar las barreras que obstaculizan su participación.

Se demandan garantías de seguridad para la oposición política con medidas diferenciales y de género, y su reglamentación mediante la expedición del Estatuto de la oposición. La democratización de los medios de comunicación para ejercer el derecho a la oposición política pero también el acceso de las mujeres a los medios para lograr posicio-

nar un discurso que transgreda los referentes de mujer contruidos a partir del contexto del conflicto, las economías ilícitas, el capitalismo y por supuesto el patriarcado, y que deslegitime la subvaloración de la mujer y todas las formas de violencia.

Entre las condiciones que se identifican como inescindibles para la participación política, se denotan: la garantía de los derechos humanos, derechos económicos, sociales y culturales, la desmilitarización de la vida, cuerpo y territorio de las mujeres, la restitución de los derechos de los cuales han sido despojadas a causas del conflicto armado interno, especialmente los derechos a la verdad, justicia y reparación, y que se desmantelen los grupos paramilitares y bandas criminales Bacrim.

También acciones que favorezcan la eliminación de la *feminización de la pobreza*, y fortalezcan la autonomía económica de las mujeres (acceso a la propiedad de la tierra, soberanía alimentaria, garantía de los servicios básicos, créditos y subsidios). Y el cumplimiento por parte del Estado del deber de debida diligencia en la investigación, sanción, prevención y eliminación de todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

Se propone el fortalecimiento de las instituciones, tales como: la Consejería para la Mujer y los Consejos Consultivos de Mujeres y de las organizaciones de base de las mujeres especialmente de las rurales, a partir de las experiencias organizativas propias y de su autonomía. Así mismo, el fortalecimiento de las articulaciones entre las organizaciones y la interlocución con los poderes públicos en todos los niveles territoriales.

Discusión. La democracia paritaria una aspiración vigente

La democracia paritaria es una aspiración construida desde el feminismo, que se visibiliza con la Cumbre Europea “Mujeres en el Poder” celebrada en Atenas en 1992, en la cual se politizó el término de “democracia paritaria” entendida esta como la alternativa al déficit en la participación política de las mujeres.

Es un nuevo modelo aspiracional, donde los Estados inclusivos van más allá de asegurar la participación política igualitaria de las mujeres en las instancias de representación política en todos los espacios y niveles de participación, con la fórmula del 50/50 que contempla a la paridad como un instrumento que busca equilibrar la composición, ya que:

“...también, busca reequilibrar el mundo privado, las concepciones simbólicas del poder, de las responsabilidades emocionales, familiares, sociales y reconocer que el problema de los cambios en las mujeres alude y convoca a cambios en el conjunto de la sociedad, lo que significa también cambios en la identidad y condiciones de género de los hombres y con ello nuevas dinámicas de corresponsabilidad y complementariedad no sólo entre hombres y mujeres, sino entre todos los actores y sectores de la sociedad”. (Fundación para la Investigación y el Desarrollo de Nariño Milcíades Chaves Chamorro [Finmil], 2015, p. 35)

En la Cumbre Europea se plantearon los postulados que brindan los fundamentos nodales a la exigencia de la paridad, a saber: 1. La igualdad material entre mujeres y hombres es un derecho fundamental que los Estados deben respetar y garantizar. 2. Demográficamente las mujeres constituyen la mitad de la población, no son una minoría y deben gozar del derecho a la representación. 3. La infra representación en los puestos de mando y decisión desaprovecha los conocimientos, inteligencias y capacidades de las mujeres generando una pérdida para el colectivo social e impide que las demandas y agendas de las mujeres sean asumidas, por lo tanto, no se corresponde con los intereses de toda la sociedad. 4. La participación de las mujeres aporta una visión diferente con otras ideas, valores y comportamientos. 5. Para asegurar la igualdad se requieren modificaciones profundas en las estructuras de los procesos decisorios (Merino, 2004, p. 43).

Todos estos elementos configuran la exigencia de “*la renegociación del contrato social*” (Cobo, 2004, p.18) que excluye a las mujeres de su ciudadanía y de su participación en la esfera pública. Carol Paterman (1995) señala que los Estados modernos convinieron un contrato sexual, es decir una: “... nueva sociedad civil creada a través de un contrato originario que es un orden social patriarcal” (p. 10). Por lo tanto, el contrato social reivindica la igualdad entre los hombres deslegitimando las tiranías soberanas, pero excluye políticamente a las mujeres. Como lo explica Rosa Cobo (1995) el: “...gran problema que se deriva de su concepto de pacto social es que, pese a que postula la unidad social como fin primordial, el sujeto del pacto no sólo es ciudadano, sino que también es hombre” (p. 154), y en consecuencia, los nuevos sistemas políticos democráticos se gestan ilegítimos tras la exclusión de las mujeres de la vida pública.

Es un logro reciente que en el seno del Parlamento Latinoamericano y Caribeño se consagró la Norma Marco para Consolidar la Demo-

cracia Paritaria, en la que esa vindicación feminista es plasmada a nivel normativo. Este instrumento no es de obligatorio cumplimiento para los Estados pero es un importante referente para los que se comprometen a gestar un nuevo modelo de Estado, de contrato social y forma de organización de la sociedad en el que “...la igualdad sustantiva y la paridad entre hombres y mujeres son ejes vertebradores de las transformaciones que asume un Estado responsable e inclusivo” (artículo 3), logrando que “...se erradique toda exclusión estructural, en particular, hacia las mujeres y las niñas” (artículo 3 literal a).

El acuerdo de paz podría entenderse como un espacio para gestar un nuevo contrato social, en tanto implica “la construcción de un nuevo paradigma de desarrollo y bienestar territorial” y en consecuencia cambios sustanciales al interior del Estado; reformas en los poderes públicos y la ampliación democrática centrada en la cualificación y mayor participación política para proscribir el uso de las armas como método de acción política.

Sin embargo, las partes del acuerdo decidieron no acoger la principal propuesta presentada por el movimiento de mujeres y feminista de radicalizar la democracia y ampliar el concepto de ciudadanía, pero tras sus exigencias se conquistó que se adopte un enfoque de género transversal en el acuerdo. El enfoque de género es un tema de igualdad, pues pretende generar condiciones para garantizar la igualdad material de los beneficios del acuerdo para hombres, mujeres, homosexuales, heterosexuales y personas con identidad diversa, especialmente en la participación política de los ciudadanos. El acuerdo de paz en el punto 2.3.7. Párrafo 3 va a establecer que se adoptarán medidas para garantizar la participación equilibrada de hombres y mujeres en la conformación de todas las instancias del acuerdo, y propender por la participación equilibrada y el protagonismo de las mujeres al interior de organizaciones y movimientos sociales y partidos políticos. El gobierno entiende la participación equilibrada como la garantía de la “...representatividad, competencia y eficacia, que garanticen un equilibrio entre las distintas visiones en la toma de decisiones” (Equipo paz gobierno, 2016) y no de cuota de participación. El acuerdo no define estos criterios que determinan la participación equilibrada, y de su interpretación va a depender la garantía a la participación de las mujeres.

La participación de las mujeres en el proceso de paz actual y antecedentes.

En el acuerdo de paz la participación tiene una doble dimensión: como principio del acuerdo y del enfoque de género, y como un punto específico del mismo, denominado: “Participación política: Apertura democrática para construir la paz”.

Del seguimiento a la primera dimensión; la participación en tanto principio, se visibiliza un avance en relación a la participación en los anteriores procesos, y particularmente en las instancias de la negociación, al considerarse que la participación de las mujeres en el proceso de paz es un derecho, reconocido en la Resolución 1325 de 2000, disposición de obligatorio cumplimiento para el Estado Colombiano (de conformidad con el estatus privilegiado dentro del Derecho Internacional que le otorga el artículo 25 de la Carta de Naciones Unidas y la doctrina de señala que las resoluciones que contienen nuevos principios internacionales son fuente de Derecho Internacional). Esta norma positivizada gracias al movimiento feminista, ha sido un instrumento normativo vital para exigir al Gobierno la garantía de derecho a la participación en el proceso de paz.

Así mismo, existe un progreso en la inclusión de las mujeres ya que se ha incrementado su participación. No obstante, persiste la infrarrepresentación en los órganos de discusión y toma de decisiones como lo es la Mesa de Negociaciones, evidenciándose el techo de cristal que impide la igualdad material de las mujeres. La mayor participación sigue concentrándose en instancias de apoyo a la Mesa de Negociaciones, en grupos de trabajo y algunas comisiones, es decir, en las instancias en las que se realizan labores de asesorías temáticas y actividades generalmente invisibilizadas, verbigracia: asistenciales, logística, coordinación, administración, redacción y cuidado (Suescún y Fajardo, 2017, p. 16), en estos escenarios la participación de las mujeres en este y otros procesos de paz precedentes puede alcanzar la paridad o incluso ser superior a la de los hombres (Chaparro y Martínez, 2016, p. 73).

A juicio de las mujeres (Chaparro y Martínez, 2016, p. 36-54) que integraron estas instancias creadas para la negociación del acuerdo, la infrarrepresentación mermó las posibilidades de incidencia en la incorporación de la agenda de mujeres y el enfoque de género, y da continuidad al negativo impacto simbólico del techo de cristal. Manifiestan su

inconformidad por la escasa visibilidad y reconocimiento público de su participación, ya que estas acciones permiten considerar a las mujeres como sujetas políticas que se vinculan, articulan con organizaciones, instituciones y actores sociales en procesos coyunturales y de suma importancia política. Advierten que en los momentos en los que de alguna forma se reconoció su labor públicamente se favoreció su posicionamiento político.

También, describen estos espacios como masculinos, al estar integrados por un mayor número de hombres, pero también por la dinámica de “competición” en el diálogo que en algunos momentos generó tensión y confrontación. Reconocen como obstáculos que afrontaron en el ejercicio de la participación: la lógica masculina de los espacios, la consideración de que algunos puntos de los acuerdos son temas de hombres, la falta de reconocimiento de su liderazgo y labor, y la doble carga laboral pues algunas mantenían sus obligaciones laborales en instituciones u organizaciones en Colombia.

A nivel de la representación de las mujeres, los gobiernos de turno han manifestado escaso interés por incluir los intereses de las mujeres, generar espacios para el diálogo y la construcción concertada de agendas en los procesos de paz, y mucho menos en generar políticas públicas o en considerar los asuntos de género como un compromiso de Estado. De ahí que los avances logrados en términos de representación han sido en gran medida gracias a las estrategias de incidencia que ha adoptado el movimiento de mujeres y feminista, forjando alianzas y presionando desde el accionar político en las instancias sociales. Por eso la participación política de las mujeres al margen de los escenarios formales e institucionales, ha sido vital para posicionar sus intereses, pues se han logrado generar espacios de articulación en los cuales se construye la agenda de mujeres (Chaparro y Martínez, 2016, p. 36-54). Sin duda alguna si el movimiento social de mujeres y feministas no hubiera participado de forma activa en los espacios de participación ciudadana y gestado sus propios espacios como la Cumbre de Mujeres y Paz, el enfoque de género en el acuerdo no se hubiera consagrado.

En relación a la segunda dimensión, a continuación, se señalan la incidencia de las propuestas de las mujeres en el punto dos de los acuerdos de paz:

“Participación política: Apertura democrática para construir la paz”

Como se mencionó no se logró establecer la paridad como principio en el sistema político, sin embargo, se posiciona este tema como un asunto trascendental, y posteriormente con el Acto Legislativo 02 de 2015 que reforma el artículo 262 C.N. se constitucionalizan los principios de la paridad, alternancia y universalidad para la conformación de las listas electorales. A pesar de que aún no hay un desarrollo legal para su implementación y la medida será progresiva ya que se incrementará de forma gradual la cuota del 30% hasta llegar al 50%, es un avance en esta materia.

En este punto del acuerdo, a partir del enfoque de género se logró reconocer la importancia de la participación de las mujeres en la construcción de paz y la necesidad de promover mediante medidas afirmativas la participación política y ciudadana de las mujeres dadas las mayores barreras sociales e institucionales para su ejercicio. En consecuencia, se incorporan algunas de las propuestas, entre ellas: la adopción de medidas diferenciales para la atención, evaluación, seguimiento de riesgos por el ejercicio de este derecho, el enfoque de derechos humanos de las mujeres y diferencial en el programa de protección, los presupuestos participativos sensibles al género, las campañas de cedulaación para mujeres rurales.

En el tema de la democratización de los medios de comunicación se plasma el deber de los medios a contribuir al reconocimiento de las diferentes identidades culturales y étnicas, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, mediante contenidos con valores no discriminatorios y de respeto al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Este mismo avance se logró consolidar para las campañas de promoción de la cultura política, democrática.

En cuanto a las acciones dirigidas a incrementar la corresponsabilidad del Estado y de los hombres en el trabajo de cuidado y de la reproducción, el acuerdo de paz contempla la adopción de medidas para superar los obstáculos relacionados con sus labores de cuidado y reproducción, sin establecer el tipo de medidas o la forma en las que se realizará este proceso de formulación. El Estado no asume su obligación en tanto sujeto corresponsable, sino que en su calidad de autoridad decide tomar medidas para abordar la problemática, invisibilizando la corresponsabilidad de los hombres, de la sociedad y del mismo Estado.

De movimiento social a sujeto político colectivo

En el proceso de paz la marcada participación de las mujeres en los espacios de participación ciudadana y la convergencia de las heterogéneas organizaciones de mujeres y feministas en una plataforma como la Cumbre, nos permite develar el fuerte proceso organizativo del movimiento social de mujeres para exigir que sus voces sean tenidas en cuenta y aportar soluciones pacíficas al conflicto armado, a partir de una avanzada agenda tejida desde los diálogos de saberes entre las organizaciones y el aprendizaje mutuo de las iniciativas de paz. Esta agenda se ha venido construyendo desde el proceso de paz del gobierno de Belisario Betancur, cuando se creó un colectivo para incidir en el proceso, el cual posteriormente articuló una agenda en común ente los diferentes intereses y discursos de género, y presentó una propuesta para reformar la constitución de 1986 (Chaparro y Martínez, 2016, p. 29).

El movimiento social de mujeres históricamente ha gestado espacios propios para debatir la agenda sobre la negociación política, la construcción de la paz con enfoque de género, y sus estrategias de incidencia política. Algunos de estos espacios son la Constituyente Emancipatoria de Mujeres donde se refrendó la Agenda de las Mujeres por la Paz en el año 2002 y el Ágora de las Mujeres (Ibarra, 2003, p. 75) realizado en 2003. También ha logrado articularse en diferentes formas de organización, mediante las cuales ha posicionado la agenda construida, como la Red Nacional de Mujeres que demandó su participación en el proceso de paz del Caguán y logró participar en una Audiencia Pública que se llevó a cabo en el año 2000.

Bajo esta perspectiva, la Cumbre de Mujeres y Paz propuso que dentro del acuerdo se incluya de forma explícita al movimiento social de mujeres y se le dote de participación en algunos escenarios como en la Comisión encargada de definir los lineamientos del estatuto de garantías para los partidos y movimientos políticos. Es decir, que se brinde el reconocimiento social y político al movimiento de mujeres como sujeto político colectivo legítimo para representar los intereses y la agenda del colectivo de mujeres, incrementando así su representación. Esta propuesta no es acogida por parte de la Mesa de Negociaciones, y en relación a la representación de las mujeres el acuerdo se limita a plantear que se garantizará la participación de las mujeres, de voceras o la interlocución de mujeres y que se valorarán las agendas sociales de las mujeres.

La proximidad entre los discursos de las propuestas presentadas y el Feminismo Democrático Radical

A pesar de que no es dable adscribir las propuestas planteadas por el movimiento de mujeres a una corriente teórica del feminismo, por la heterogeneidad del movimiento social y las diversas posturas de las organizaciones que lo integran, ya que incluso algunas organizaciones de mujeres no se reconocen como feministas, y otras lo hacen desde diferentes feminismos, de la lectura de los discursos que emana de las propuestas encuentro que algunos de sus puntos articuladores convergen con los planteamientos del Feminismo democrático radical FDR como se denota a continuación:

El radicalizar la democracia como se plantea en la ponencia de Mujeres por la Paz presentada en el Foro de Participación Política, implica como ocurre con el FDR que la democracia constituye el escenario para librar las luchas sociales y políticas y se consolide una ciudadanía amplia que interpele todos los sistemas opresivos y no sólo el sistema patriarcal. Chantal Mouffe señala que el FDR busca articular la pluralidad de las demandas democráticas (acción entendida como equivalencia) de los diferentes movimientos y de los actores que mantienen relaciones sociales de subordinación, exclusión, o discriminación, a partir de la construcción de una identidad colectiva, un “nosotros” que subvierte estas relaciones sociales por medio de los principios ético-políticos de libertad e igualdad, y que contrario a eliminar la diversidad y los conflictos, extiende y radicaliza la democracia, ampliando la ciudadanía y en consecuencia generando una mayor participación política (Mouffe y Moreno, 1993, p. 3-22).

La propuesta del movimiento social de mujeres no se limita a exigir una mayor participación política para las mujeres, también articula las demandas de ampliación democrática para otros movimientos y actores, pero siempre reconociendo la necesidad de garantías diferenciales, medidas con enfoque territorial y étnico para la participación de las mujeres rurales, campesinas, indígenas, afrodescendientes, víctimas de la violencia y las pertenecientes a la insurgencia, teniendo en cuenta que: “...la competencia entre identidades sociales y políticas no se da en condiciones de igualdad y que por tanto exige una serie de cambios institucionales para que la paridad participativa se aplique a la gran esfera pública” (Wills, 1999, p. 37).

El FDR considera que la emancipación de las mujeres no se reduce a la consagración de derechos en el sistema normativo, pues también se requiere “deconstruir una serie de los supuestos patriarcales que impregnan la cultura” (Wills, 1999 p. 19). Considerando que diversos obstáculos (Bernal, 2013, p. 16-20) para la participación de las mujeres requieren cambios más allá de lo normativo, las propuestas del movimiento de mujeres también apuntan a la transformación cultural no sólo a partir de la positivización de derechos. Así se pretende dar un giro en la socialización diferenciada entre sexos que privilegia el liderazgo y la autoridad masculina (obstáculos de partida), los estereotipos y roles de género que confinan a la mujer al espacio privado (obstáculos de entrada), la falta de su reconocimiento de sus aportaciones y el entorno patriarcal que generan violencia de género en el escenario político (obstáculos de permanencia).

En definitiva, tanto el FDR como el movimiento social de mujeres proponen que los principios democráticos de la igualdad y la libertad se desplacen del mundo público y se apliquen también a las relaciones que se entablan en otras esferas, por ejemplo, en la esfera privada, democratizando así todas las relaciones económicas, sociales, familiares. Y en la medida en que se consideren estos principios como elementos éticos su cumplimiento no deriva de la obediencia debida al régimen democrático sino a una gramática de conducta derivada de la identificación de los ciudadanos con esos contenidos.

CONCLUSIONES

La democracia paritaria es la principal propuesta que se plantea desde el discurso emancipador del movimiento social de mujeres en Colombia en el marco de las negociaciones de paz con el fin de radicalizar la democracia, generar una ampliación de la ciudadanía y transformar las relaciones de discriminación, subordinación y opresión en todas las esferas y ordenes de la sociedad. Este planteamiento es la alternativa planteada desde el feminismo al déficit de la participación política de las mujeres y que cada vez cuenta con un mayor reconocimiento en el plano normativo tanto de la nueva forma de Estado Paritario como de la paridad entendida como acción afirmativa (cuota).

Las conquistas normativas que el feminismo ha logrado a nivel internacional han sido claves para los avances nacionales en la participación de las mujeres, por ejemplo, lo ya anotado con la Resolución

1325 de 2000. Sin embargo, otros instrumentos que consagran a la paridad en tanto acción positiva como la Norma Marco para Consolidar la Democracia Paritaria, no tienen el carácter vinculante para los Estados y sus prescripciones son aspiracionales. De ahí que es necesario seguir apostando por la positivización de los derechos en instrumentos con carácter de imperativo cumplimiento a nivel internacional y también de su constitucionalización, toda vez que ello permite la exigibilidad de las prerrogativas consagradas.

Ahora bien, existe una relación dialéctica de participación en términos de inclusión y la representación. Se requirió exigir la inclusión de las mujeres y participar en la fase de negociación de los acuerdos de paz para conquistar el enfoque de género y la medida de la participación equilibrada para garantizar la inclusión de las mujeres en la fase de construcción de paz. Estos avances por sí mismos no implican la materialización del derecho a la participación política, pues el proceso de reglamentación, implementación e interpretación de esta medida depende de la postura del gobierno de turno.

El derecho a la participación de las mujeres en la construcción de paz debe garantizarse no sólo por el impacto que el conflicto armado ha tenido en sus vidas, sino porque sin ellas se compromete tanto la legitimidad del proceso mismo como la sostenibilidad de los acuerdos, habida cuenta de la contribución histórica de las mujeres en la construcción de la paz en todos los territorios del país.

Finalmente, resulta importante seguir realizando investigaciones en torno a la participación de las mujeres en la implementación de los acuerdos desde un enfoque feminista ya que como teoría nos permite abordar la realidad desde una postura crítica y analítica para reconocer y retroalimentar con nuevas visiones las construcciones y reivindicaciones que desde el movimiento social y político feminista se producen, y así articular dos frentes de lucha anti-sistema.

REFERENCIAS

- Bernal, A. (2013). *Mujeres y participación política: claves para transformar una relación difícil*. Bogotá: Aportes para el debate sobre la paz. FOKUS - Foro de Mujeres y Desarrollo. Disponible en <http://mesadeapoyo.com/wp-content/uploads/2015/01/Aportes-Paz-Fokus-2013-Noruega1.pdf>
- Bouvier, V. (2016). *El género y el papel de las mujeres en el proceso de paz de Colombia*. Nueva York: ONU Mujeres. Disponible en http://wps.unwomen.org/pdf/research/Bouvier_Women-in-Colombia-Peace-Process_ES.pdf
- Chaparro, N., Martínez, M. (2016). *Negociando desde los márgenes: La participación política de las mujeres en los procesos de paz en Colombia (1982-2016)*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad de justicia. Bogotá.
- Cobo, R. (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno*. Jean Jacques Rousseau. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Cobo, R. (2004). *Sexo, democracia y poder político*". *Feminismo/s*. Alicante: Universidad de Alicante. Centro de Estudios sobre la Mujer. Disponible en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3069>
- Cumbre Nacional de Mujeres y Paz. (2014). *Sistematización*. Bogotá. Disponible en <http://www.ceipaz.org/images/contenido/sistematizacioncumbrenacional.pdf>
- Equipo de Gobierno (2016). *ABC - Preguntas y respuestas sobre enfoque de género en los acuerdos de paz*. Disponible en <http://equipopazGobierno.presidencia.gov.co/prensa/declaraciones/Paginas/abc-preguntas-respuestas-enfoque-genero-acuerdos-paz-habana-colombia.aspx>
- Fundación para la Investigación y el Desarrollo de Nariño, Finmil (2015). *Herramientas para la Formación Política con Perspectiva de Género - 2015. Módulo 2. Democracia con perspectiva de género y ética del oficio político. ONU Mujeres Colombia Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD*. Pasto: Editorial Norma. Disponible en <http://www.mesadegenerocolombia.org/sites/default/files/pdf/herramientasmodulo2.pdf>
- Ibarra, M. (2007). *Acciones colectivas de las mujeres en contra de la guerra y por la paz en Colombia*. Cali: Revista Sociedad y Economía (13), Universidad del Valle. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99616721004>.
- Merino, J. (2004). *Mujeres y ciudadanía: La democracia paritaria*. Valencia: Col·lecció Quaderns Feministes. Institut Universitari d'Estudis de la Dona. Universidad de València.

- Mouffe, C. Moreno, H. (1993). *Feminismo, ciudadanía y política democrática radical*. *Debate feminista*, 1993, vol. 7. Disponible en http://www.jstor.org/stable/42624105?seq=1#page_scan_tab_contents
- Mujeres por la Paz. (2013). *Radicalizar la democracia para garantizar la participación y representación de las mujeres en el sistema político colombiano*. Disponible en: <http://www.rutapacifico.org.co/descargas/agendas-depaz/RADICALIZAR%20LA%20DEMOCRACIA.pdf>
- Paterman, C. (1988). *El contrato sexual*. México: Anthropos - UAM. Disponible en http://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/paterman_el_contrato_sexual_0.pdf
- Pedraza, J. (2016). *A los líderes sociales, en Colombia, los están matando*. El Tiempo. Disponible en <HTTP://WWW.ELTIEMPO.COM/ARCHIVO/DOCUMENTO/CMS-16546681>
- Suescún, J. Fajardo, J. (2017). *Vivencias, aportes y reconocimiento: las mujeres en el proceso de paz en La Habana*. Bogotá: Corporación de Investigación y Acción Social y Económica, CIASE, y Corporación Humanas de Colombia.
- Tobón, G. (2014). *Sistematización de propuestas de las mujeres en las consultas ciudadanas para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá: ONU Mujeres. Disponible en <http://www.mesadegenerocolombia.org/documentos-publicaciones/construccion-de-paz/sistematizacion-de-propuestas-de-las-mujeres-en-las>
- Wills, M. (2007). *Inclusión sin representación. La irrupción política de las mujeres en Colombia, 1970-2000*. Bogotá: Editorial Norma.
- Wills, M. (1999). *Feminismo y democracia: Más allá de las viejas fronteras*. Bogotá: Revista "Análisis político" n° 37 IEPRI, Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/40088/1/Feminismo%20y%20democracia.pdf>

INDICE DE AUTORES

DANIELA ALEJANDRA ERASO URBANO

Abogada, egresada de la Universidad de Nariño.

Correo: erasourbano@gmail.com

SANDRA VIVIANA FUENMAYOR RAMÍREZ

Estudiante egresada del Programa de Derecho B de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño,

E- mail: sandrav.fuenmayor@hotmail.com.

XIMENA IDROBO OBANDO

Abogada feminista. Investigadora del grupo de investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño “Derecho, Justicia y Región DEJURE”.

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO

MIEMBROS EXTERNOS

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA

Docente Universidad Autónoma de Bucaramanga, Doctora en Derecho de la Universidad Libre, Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho y Especialista en docencia universitaria de la Universidad Industrial de Santander.

CARLOS FERNANDO LÓPEZ PASTRANA

Docente de la Universidad del Sinú, Universidad de Cartagena y Universidad Católica. Magister en Derecho Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad del Sinú.

ESTANISLAO ESCALANTE BARRETO

Docente Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Administración, Hacienda y Justicia en el estado Social Universidad de Salamanca, Magister en Pedagogía de la Universidad de la Sabana, Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y Master oficial en Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca.

JAIRO CABRERA PANTOJA

Abogado, Master en Derecho Público de la Universidad Externado y Master en Derecho Ambiental Università degli Studi di Palermo, Italia . Doctor en Derecho de la Università degli Studi di Palermo, Italia

JOHN JAIRO CASTRO CALVACHE

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas y Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Externado de Colombia y Juez Penal en Bogotá.

MARÍA ALEXANDRA RUIZ CABRERA

Abogada de la Universidad de Nariño, Pasto (2012), Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador-, Quito (2014). Cursa una Especialización en Derecho Procesal Penal en la Universidad Cooperativa de Colombia, Pasto. Doctoranda en Derecho Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador-. Quito

MIEMBROS INTERNOS

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Docente de pregrado y postgrado de la Universidad de Nariño.

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Público y especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional. Docente de Pregrado y Postgrado de la Universidad de Nariño.

INSTRUCCIONES PARA AUTORES

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La Revista Científica CODEX está dirigida a abogados, investigadores, litigantes, funcionarios de la rama judicial, legislativa y ejecutiva, estudiantes de derecho de pregrado y postgrado y, en general, a las personas interesadas en asuntos jurídicos y socio jurídicos, a nivel nacional e internacional.

La Revista Científica CODEX trata temas de relevancia académica y científica en el área del derecho privado, público, social (laboral, familia, agrario, medio ambiental, multiculturalidad), penal, internacional y área humanística (sociología, historia del derecho, teoría y filosofía del derecho).

A partir del día 24 de marzo de 2015, oficialmente abre convocatoria permanente para la recepción de artículos científicos, bajo los siguientes parámetros:

1. TIPO DE ARTÍCULOS

La revista científica CODEX publicará artículos resultados de investigación adelantados a nivel nacional e internacional, que cumplan con los requerimientos de Colciencias sobre la materia. La revista publica los siguientes tipos de artículos:

- Artículos de investigación científica y tecnológica: El documento deberá presentar, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- Artículo de reflexión: El documento deberá presentar resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Estructura: Introducción, planteamiento de problema, desarrollo y conclusiones.
- Artículo de revisión: El documento deberá presentar el resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa y amplia revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias. Estructura: Introducción, planteamiento de la temática, recuperación bibliográfica, tendencias en el campo del conocimiento, y conclusiones.

2. RESERVA DE DERECHOS

La recepción de un artículo por parte de la Revista Científica CODEX no implica su aprobación, ni el compromiso de publicación. El autor será informado oportunamente de los resultados del proceso de evaluación del artículo, y la fecha de publicación en caso de ser aceptado.

El autor deberá presentar, junto con el artículo, la carta de cesión a la revista de sus derechos patrimoniales sobre el artículo, en la cual autoriza expresamente a la revista a copiar, reproducir, distribuir, publicar, y comercializar el artículo presentado, a través de medios digital o electrónico, físico, reprográfico y en general a través de cualquier medio de comunicación académicamente aceptado.

El autor en la misma carta manifiesta que el artículo respeta los derechos de autor de terceros, y exonera a la Universidad de Nariño de responsabilidad frente a terceros, y se compromete a responder por cualquier acción judicial entablada por ese hecho.

La revista realizará la publicación, en todo caso, mencionando al autor del artículo, y respetando los derechos morales de autor (Ley 23 de 1982, Decisión 351 CAN)

3. REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos presentados a la revista Codex, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- 3.1. ORIGINALIDAD: El artículo debe ser original y de autoría de quien lo presenta.
- 3.2. TÍTULO DEL ARTÍCULO: Debe presentarse un título acorde con el contenido del artículo.
- 3.3. IDIOMA: El artículo debe presentarse preferiblemente en español. Sin embargo, la revista también publica artículos que se presenten en inglés o francés.
- 3.4. NOMBRE DEL AUTOR: Se presenta el nombre del autor o autores del artículo, y a pie de página señalar: Pertenencia institucional, títulos académicos, grupo de investigación al cual pertenece, correo electrónico, dirección postal.
- 3.5. RESUMEN: Se realiza en un solo párrafo y se recomienda que su extensión no sea superior a 200 palabras. Debe presentarse en español y en inglés.
- 3.6. PALABRAS CLAVES: Son las palabras que identifican los conceptos básicos utilizados en el artículo, máximo 5 palabras clave. Debe presentar en español e inglés. La revista recomienda consultar el Thesaurus de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.

- 3.7. **EXTENSIÓN:** El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (letter) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½" x 11")
- 3.8. **TIPO DE LETRA:** Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.
- 3.9. **MÁRGENES:** 2,54 cm en toda la hoja.
- 3.10. **SANGRÍA:** Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.
- 3.11. **ESTRUCTURA:** El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1,2,3....), conclusiones o recomendaciones, y lista de referencias.
- 3.12. **IMÁGENES:** El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto, deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.
- 3.13. **PALABRAS EN LATÍN:** Las palabras en latín deben ir en cursiva.
- 3.14. **AGRADECIMIENTOS:** Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final del artículo, después de la bibliografía.
- 3.15. **PONENCIAS:** Si el artículo fue presentado como ponencia y esta no fue publicada, deberá indicarse a pie de página.
- 3.16. **NORMAS:** En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

4. FORMA DE ENVÍO

Los artículos se enviarán al Comité Editorial de la Revista Científica Codex por medio electrónico al correo: rcodex@udenar.edu.co

El autor deberá enviar:

Artículo en formato Word (archivo con extensión .doc)

- Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)
- Formato de presentación del artículo. (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)

Recuerde que la convocatoria de recepción de artículos se encuentra abierta de forma permanente.

5. PROCESO DE ARBITRAJE

La REVISTA CIENTÍFICA CODEX utilizará el sistema de doble ciego para la evaluación de los artículos presentados. En consecuencia, los autores no conocerán los nombres de los pares evaluadores, así mismo, éstos no conocerán el nombre de aquellos. La evaluación será remitida por los pares evaluadores mencionando únicamente el título del artículo.

El proceso de arbitraje se realizará así:

Los artículos serán revisados por el Comité Editorial el cual evaluará:

- Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.
- Pertinencia del tema: El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o socio jurídico.
- Originalidad: El artículo debe ser original e inédito, por lo tanto se descartarán aquellos artículos publicados en otros medios.

Los artículos que hayan pasado el primer filtro, serán enviados a dos (2) árbitros, expertos en el área, quienes evaluarán:

- Evaluación de estructura: Evaluarán cada una de las partes del artículo: título, resumen, introducción, metodología, resultados, conclusiones, y referencias.
- Rigor científico y académico: Se evalúa la validez jurídica y científica de las conclusiones a partir de la metodología y argumentos expuestos en el artículo.
- Estado del arte: Se evalúa los referentes teóricos y conceptuales expuestos en el artículo.
- Fuentes bibliográficas: Se evalúa la pertinencia y actualidad de las citas y fuentes bibliográficas.

Los árbitros brindarán la siguiente calificación:

- No publicable. El artículo no se publicará.
- Publicable sin correcciones: El artículo pasa directamente a fase de publicación
- Publicable con correcciones: En este caso se informarán las correcciones al autor para que las realice en un término no mayor a diez días hábiles. El comité editorial revisará la pertinencia de las correcciones realizadas, y pasará a fase de publicación.

La revista se reserva el derecho a realizar correcciones de estilo, las cuales se informarán a los autores.

6. CÓDIGO DE ÉTICA DE LA REVISTA CODEX

- La Revista científica CODEX de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño realiza el proceso de arbitraje con árbitros de reconocida idoneidad, preferiblemente con título de maestría y doctorado, y miembros de prestigiosas instituciones universitarias.
- El proceso de arbitraje garantiza que el artículo se enviará en un formato electrónico que impida o dificulte su modificación, y que garantice la protección a los derechos de autor. Así mismo los árbitros aceptarán conservar la confidencialidad del artículo y los resultados y conclusiones que en él se plasmen, así como a garantizar y proteger los derechos de autor.
- La revista pretende cumplir con los estándares de calidad requeridos para lograr su indexación a nivel nacional e internacional.
- La revista realizará un control estricto de las publicaciones, con el fin de garantizar la no vulneración de derechos de autor de terceros. En el momento que la revista detecte una violación a éstos, comunicará al titular de tales derechos, y pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.
- Los escritos que aparezcan en la Revista son de responsabilidad de los autores.
- Los artículos enviados a la revista para ser evaluados no pueden estar en proceso de evaluación en otra publicación.

7. BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en: http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

8. RECIPROCIDAD

El autor del artículo recibirá en su dirección postal dos (2) ejemplares de la revista, de manera gratuita.

9. DATOS DE CONTACTO

- Página web: derecho.udenar.edu.co
- Dirección Física: Ciudad Universitaria Torobajo, Universidad de Nariño, bloque D, Facultad de Derecho. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia.
- Correo electrónico: rcodex@udenar.edu.co
- Teléfono: 57 (602) 7315438

MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS

Las citas y los listados de referencias deberán realizarse conforme a las normas APA sexta edición, que pueden consultarse en las páginas:

- <http://www.apa.org/>
- <http://normasapa.com/>

A continuación se presentan ejemplos de las citas más comunes, así como la forma de citar sentencias y leyes admitidas por la revista.

1. CITAS

1.1. CITA TEXTUAL DE MENOS DE 40 PALABRAS

Cuando la cita es textual y consta de menos de 40 palabras se escribe inmersa dentro del texto, entre comillas y sin cursiva. Después de las comillas de cierre entre paréntesis se ubica el apellido del autor, año de publicación, y página usando la abreviatura (p.), el punto se coloca después de la cita. Así, es posible utilizar cualquiera de las dos formas que se indican:

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (Muñoz, 2007, p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

--

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica expuesto por Muñoz (2007) permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

1.2. CITA TEXTUAL DE MÁS DE 40 PALABRAS

La cita textual de más de 40 palabras deberá escribirse aparte del texto, con sangría, sin comillas, sin cursiva, y con letra de un tamaño menor (11 puntos), y a espacio sencillo. El punto se coloca antes de la referencia, que se realiza también entre paréntesis. A continuación se exponen dos formas válidas

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así la doctrina ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (Muñoz, 2007, p.22)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así Muñoz (2007) ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (p.22)

1.3. CITA DE PARAFRASEO

Es la cita que plasma las ideas de otro autor, pero con las palabras propias del escritor. Al final de la idea retomada se realiza la cita entre paréntesis, y sin mencionar el número de página.

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. La labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica (Muñoz, 2007)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así las cosas, Muñoz (2007) aclara que la labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica.

1.4. CITAS DE TEXTOS CON VARIOS AUTORES

Dos autores: Los apellidos se separan con “y”, y en inglés se utiliza “&”.

Muñoz y Coral (2005) consideran que....

Cabe resaltar que varios autores coinciden con lo afirmado (Muñoz y Coral, 2005).

Tres a cinco autores: La primera vez que se citan se indican los apellidos de todos, posteriormente sólo el primero, y se agrega “et al” seguido de punto.

Pérez, Martínez, y Muñoz (2010), consideran....

De esta forma Pérez et al. (2010), afirma....

Esa es la postura general de la doctrina (Pérez, Martínez, y Muñoz, 2010). Sin embargo se ha presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010).

Seis o más autores: Se cita el apellido del primero seguido de et al., desde la primera citación.

1.5. CITA DE TEXTOS DE AUTOR CORPORATIVO

Se coloca el nombre de la entidad en lugar del apellido, la primera vez se cita el nombre completo de la entidad y entre paréntesis la sigla. Las citas subsiguientes únicamente llevan la sigla.

Los programas ofrecidos por la Universidad de Nariño (Udenar, 2012)...., siendo así la política de la educación pública en Colombia requiere ajustes (Universidad de Nariño [Udenar], 2012).

1.6. CITA DE TEXTOS ANÓNIMOS

En lugar del apellido se coloca la palabra “anónimo”.

1.7. CITA DE CITA

Cuando no se tiene acceso a la fuente directa de la información, sino a través de un autor que hace la cita, se hace conforme al ejemplo:

Bonorino (como se citó en Muñoz, 2007), ha planteado que...

1.8. NOTAS

Puede utilizar el pie de página para realizar ampliación del tema, ejemplos, o puntualizaciones en torno a lo expuesto en el párrafo principal.

1.9. SENTENCIAS

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, seguida de coma, y el número de la sentencia.

(Corte Constitucional, T-406-92).

(Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 2014).

1.10. LEYES

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Colombia, Ley 1480 de 2001).

(Colombia, Código Civil).

2. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa.

2.1. LIBROS

Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

2.2 LIBROS DE VARIOS AUTORES

Apellido, A.A., Apellido, A.A., & Apellido, A.A. *Título*. Ciudad, País: Editorial

Narváez García J.I., Narváez Bonnet J. E. & Narváez Bonnet O.S (2008). *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis Editores.

2.3 LIBRO CON EDITOR (LOS CAPÍTULOS SON ESCRITOS POR VARIOS AUTORES)

Apellido, A.A. (Ed). (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

2.4 LIBRO EN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Apellido, A.A. (año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.5. CAPÍTULO DE LIBRO

Apellido, A.A. y Apellido. A.A. (Año). Título del capítulo. En: A.A. Apellido (Ed), *Título del libro* (pp. xx - xx). Ciudad, País: Editorial.

Martínez, M.M. y Gonzales A.P. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P.M. Pérez (Ed). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Pasto, Colombia: Editorial Universidad de Nariño.

2.6. ARTÍCULO DE REVISTA

Apellido, A.A., y Apellido, A.A.(Año). Título del Artículo. *Nombre de la Revista*, volumen (o número), pp-pp.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). La ley en mundo Romano. *Revista Foro Universitario*, 13, 12-34.

2.7. ARTÍCULO DE PERIÓDICO

Apellido, A.A. (fecha). Título de artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp. Online:

Apellido, A.A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.8. AUTOR CORPORATIVO – INFORME GUBERNAMENTAL

Nombre de la organización. (Año). *Título del informe*. Recuperado de: <http://www.xxx.xxx>

2.9. TESIS Y TRABAJOS DE GRADO.

Apellido, A.A. (Año). *Título de la tesis* (tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución; ciudad, país.

2.10. SENTENCIAS

País. Corporación. (Año, día de mes). Sentencia S-333, M.P. Ernesto García, Ciudad.

2.11. LEYES

País. Corporación. (Año, día de mes) Ley XXX “por medio de la cual.....”

SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Estimado Lector. Si desea suscribirse GRATUITAMENTE a la Revista Científica CODEX versión electrónica, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ingrese a la página: <http://rcodex.udenar.edu.co>

Realice el registro y recibirá en su correo electrónico los próximos números de la revista.

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Puede suscribirse a la versión física de la Revista Científica CODEX, diligenciando el cupón *on line* disponible en la página <http://rcodex.udenar.edu.co>.

También puede suscribirse recortando el cupón que se encuentra a continuación y enviándolo a la dirección: Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia. También puede escanearlo y enviarlo al correo: rcodex@udenar.edu.co

A vuelta de correo se le informarán los costos de envío y la forma de pago de los mismos.

REVISTA CIENTÍFICA CODEX
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Nombre y/o Institución:

Cédula/NIT/DNI _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

Depto/Estado: _____ País: _____

A.A. _____ Teléfono: _____

E-mail: _____

Pertenencia Institucional: _____

Firma _____

Esta obra se imprimió en
GRAFICOLOR PASTO SAS
Calle 18 No. 29-67 - Tel. 731 06 52
graficolorpasto@hotmail.com
San Juan de Pasto - Nariño



Universidad de **Nariño**

FUNDADA EN 1904



Centro de Investigaciones
y Estudios Socio-Jurídicos