

# PRECEDENTE

REVISTA JURÍDICA  
ENERO - JUNIO / VOL. 22  
2023

Sandra Gómora-Juárez  
Mabel Londoño Jaramillo  
Mykhaylo Shulga  
Marko Yurkov  
Inna Rakipova  
Oleksandr Torbas  
Vladlena Voloshyna  
Denys Shylin  
Anastasiia Pidgorodynska  
Maria Alejandra Sanabria Vélez



**PRECEDENTE**  
REVISTA JURÍDICA  
ENERO - JUNIO / VOL. 22  
**2023**

Esta es una publicación de la Facultad  
de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad Icesi  
Cali, Colombia

[www.icesi.edu.co/precedente](http://www.icesi.edu.co/precedente)  
[precedente@icesi.edu.co](mailto:precedente@icesi.edu.co)

Calle 18 No. 122-135 Cali, Colombia  
tel: +57 2 5552334, fax: +57 2 5551706

## Universidad Icesi

**Rector:** Esteban Piedrahita Uribe

**Secretaria General:** María Cristina Navia

**Director Académico:** José Hernando Bahamón

**Decano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales:** Jerónimo Botero

### Comité Editorial:

Roberto Gargarella (Ph.D.) / *Universidad Torcuato Di Tella, Argentina* / robert@utdt.edu

Carlos Petit (Ph.D.) / *Universidad de Huelva, España* / cpetit@uhu.es

Diego López Medina (Ph.D.) / *Universidad de los Andes, Colombia* / dlopez@uniandes.edu.co

Lina F. Buchely (Ph.D.) / *Universidad Icesi, Colombia* / lfbuchely@icesi.edu.co

Mario Alberto Cajas (Ph.D.) / *Universidad Icesi, Colombia* / mcajas@icesi.edu.co

Luis María Bandieri (Ph.D.) / *Pontificia Universidad Católica de Argentina, Argentina* / bandieri@fibertel.com.ar

Julio Ríos Figueroa (Ph.D.) / *Centro de Investigación y Docencia Económicas, México* / julio.rios@cide.edu

### Comité Científico:

Andrés Botero Bernal (Ph.D.)

aboterob@uis.edu.co

Universidad Industrial de Santander, Colombia

Jorge Esquirol (Ph.D.)

esquirol@fiu.edu

Florida International University, EE.UU

David Landau (Ph.D.)

dlandau@law.fsu.edu

Florida State University, EE.UU

Mauricio García (Ph.D.)

mvillegas@wisc.edu

Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Juan Pablo Sarmiento Erazo (Ph.D.)

jpsarmiento@uninorte.edu.co

Universidad del Norte, Colombia

### Editor:

Yecid Echeverry Enciso (Ph.D.): yecheverry@icesi.edu.co

### Coordinador de la Editorial Universidad Icesi:

Adolfo A. Abadía: aaabadia@icesi.edu.co

### Asistente Editorial:

Laura Daniela Millares: ldmillares@icesi.edu.co

### Revisión de Estilo:

Juan Manuel Eslava Gordillo: jmanueleslava@yahoo.com

**Secretaria:** Diana Carolina Rodríguez

**Diseño Original:** Pablo Andrés Sánchez

**Diagramación:** Natalia Ayala Pacini: nataliaayalaph@gmail.com

A.A. 25608

Tel. 321 20 10

Fax: 555 17 06

E.mail: precedente@icesi.edu.co

Cali, Colombia

Agradecemos a los siguientes pares evaluadores:

Vladimir Rouvinski  
*Universidad Icesi (Colombia)*

Dmytro Fedchyshyn  
*Zaporizhzhia National University (Ucrania)*

Iryna Ignatenko  
*Mudryi National Law University (Ucrania)*

Olga Cecilia Restrepo-Yepes  
*Universidad de Medellín (Colombia)*

Jerónimo Ríos Sierra  
*Universidad Complutense de Madrid (España)*

Melba Luz Calle Meza  
*Universidad Militar Nueva Granada (Colombia)*

Mariné Linares Díaz  
*Universidad Externado de Colombia*

Gustavo Adolfo Beltrán Valencia  
*Universidad de Medellín (Colombia)*

Brian Bix  
*University of Minnesota (Estados Unidos)*

Luís Duarte d'Almeida  
*The University of Edinburgh (Escocia)*

Leonor Mercedes Moral Soriano  
*Universidad de Granada (España)*

Serhii Ablamskyi  
*Kharkiv National University of Internal Affairs (Ucrania)*

Yulia Razmetaeva  
*Yaroslav Mudryi National Law University (Ucrania)*

*Precedente* es la revista jurídica semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi de Cali, Colombia. Es una publicación que reúne el trabajo inédito de académicos nacionales y extranjeros que abordan, prioritariamente aunque no de manera excluyente, temas generales de Teoría Jurídica, Derecho Comparado e Historia del Derecho. El objetivo fundamental de *Precedente* es que la producción intelectual de sus autores se difunda y se divulgue al punto de hacer de ella una fuente privilegiada de investigación y de deliberación racional, dado el carácter reflexivo, crítico y constructivo de los artículos, reseñas y resúmenes que la componen. Su contenido es, por demás, puesto sin restricción alguna a la libre disposición de la comunidad jurídica global.

Para garantizar un proceso editorial sólido y de la más alta calidad, los artículos, reseñas y resúmenes preseleccionados por el cuerpo editorial, son enviados a pares expertos, quienes a través de un estricto proceso de evaluación, bajo el sistema doble ciego, garantizan que los resultados publicados respondan a las necesidades y expectativas de la comunidad académica, siguiendo los principios de pertinencia y solidez investigativa. Los volúmenes de *Precedente* se publicarán en los meses de enero y julio de cada año. Los requisitos de publicación pueden ser consultados en la siguiente dirección electrónica: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/about/submissions#authorGuidelines>

© Derechos reservados de autor

El material de esta publicación puede ser reproducido sin autorización, siempre y cuando se cite el título, autor y fuente institucional.

**Canje:**

Adriana Carvajal  
Asistente de Hemeroteca  
Biblioteca Universidad Icesi  
Tel: (57) 2 555 23 34 Ext. 8725  
[acarvajal@icesi.edu.co](mailto:acarvajal@icesi.edu.co)

Correspondencia y sitio web:  
[precedente@icesi.edu.co](mailto:precedente@icesi.edu.co)  
[www.icesi.edu.co/precedente](http://www.icesi.edu.co/precedente)

*Precedente* is the **legal journal** of the School of Law and Social Sciences at Icesi University in Cali, Colombia, issued **twice a year**. This journal gathers unpublished works of local and foreign scholars who focus, primarily but not exclusively, on the Legal History, Comparative Law, and legal theory. Due to the reflective, critical, and constructive nature of the articles, recensions and reviews that published the Journal, *Precedente's* primary objective is to divulge and disseminate its authors' research, to the point of making them a fundamental source for future scholarship, as well as the basis of rational deliberation. *Precedente* is a free and open access scholarly journal published to the legal global community.

Using a **peer-reviewed editorial process** that ensures anonymity throughout the entire publication process, *Precedente* guarantees not only a high-quality selection process, but also useful articles that respond to the needs and expectations of the legal community. *Precedente* is issued at the end of January and July every year. For submission guidelines, please visit: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/about/submissions#authorGuidelines>

© All copyrights reserved

The material in this publication may be reproduced without prior consent if the title, author's name, and original source are referenced.

**Work-study:**

Adriana Carvajal  
Assistant Periodicals Librarian  
Library at Icesi University  
Tel: (57) 2 555 23 34 Ext. 8725  
[acarvajal@icesi.edu.co](mailto:acarvajal@icesi.edu.co)

E-mail address for correspondence and website:  
[precedente@icesi.edu.co](mailto:precedente@icesi.edu.co)  
[www.icesi.edu.co/precedente](http://www.icesi.edu.co/precedente)

# ÍNDICE

## **The Autonomy Challenge: Examining the Pre-emption Thesis in Judicial Reasoning and Precedent**

*El desafío de la tesis de la autonomía: examinando la tesis de la exclusividad en el razonamiento judicial y el precedente*

*O desafio da tese da autonomia: examinando a tese de exclusividade no raciocínio judicial e no precedente*

Sandra Gómora-Juárez \_\_\_\_\_ 11

## **Las diferentes olas de participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991**

*The Different Waves of Citizen Participation in the Constituent Process of 1991*

*As diferentes ondas de participação cidadã no processo constituinte de 1991*

Mabel Londoño Jaramillo \_\_\_\_\_ 43

## **Transformation of Land Relations in Ukraine to Market Conditions**

*Transformación de las relaciones territoriales en Ucrania a las condiciones del mercado*

*Transformação das relações de terra na Ucrânia para as condições de mercado*

Mykhaylo Shulga, Marko Yurkov \_\_\_\_\_ 97

## **Ensuring Rights of Victims Under the Criminal Procedure Code of Ukraine: Current Issues and Prospects**

*Garantía de los derechos de las víctimas en virtud del Código de Procedimiento Penal de Ucrania: problemas actuales y perspectivas*

*Garantir os direitos das vítimas sob o Código de Processo Penal da Ucrânia: questões atuais e perspectivas*

Inna Rakipova, Oleksandr Torbas, Vladlena Voloshyna, Denys Shylin, Anastasiia Pidgorodynska \_\_\_\_\_ 115



**El derecho al retracto y sus inconsistencias dentro del ordenamiento jurídico colombiano**

*Withdrawal Right and Its Inconsistencies Within Colombian Legal System*

*Direito de retirada e suas inconsistências no ordenamento jurídico colombiano*

Maria Alejandra Sanabria Vélez \_\_\_\_\_ 143

**COMPLEMENTOS**

---

**Indicaciones para los autores** \_\_\_\_\_ 179

*Instructions for authors* \_\_\_\_\_ 184



## ARTÍCULOS

---



**Sandra Gómora-Juárez\***

Universidad Nacional Autónoma de México

sgomoraj@unam.mx

**The Autonomy Challenge: Examining  
the Pre-emption Thesis in Judicial Reasoning  
and Precedent\*\***

*El desafío de la tesis de la autonomía: examinando  
la tesis de la exclusividad en el razonamiento judicial  
y el precedente*

*O desafio da tese da autonomia: examinando  
a tese de exclusividade no raciocínio judicial  
e no precedente*

**Artículo de investigación:** recibido 04/01/2022 y aprobado 21/07/2022

\* Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9164-6194>

\*\* Artículo realizado gracias al Proyecto UNAM-PAPIIT, clave: IN302422. Proyecto: La autoridad del precedente judicial. Debates teóricos y problemas prácticos.

Acknowledgments: I am indebted to the reviewers for their comments and suggestions, which have most certainly helped me develop a better version of my paper. I am grateful to Juan Vega, Ken Himma, Enrique Cáceres, Thomas Bustamante, Veronica Rodríguez-Blanco, Laura Clérico, Jan Sieckmann, Carmen Valderrama, Susana Dávalos-Torres, Meir Dan-Cohen and the Berkeley School of Law discussion group for their comments, suggestions, and interchanges on earlier versions of this article. I wish to thank to the anonymous reviewers for their insightful and helpful comments. I am indebted to all for their valuable feedback and any errors are my own.

**DOI:**

<https://doi.org/10.18046/prec.v22.5315>

**Cómo citar:**

Gómora-Juárez, S. (2023). The Autonomy Challenge: Examining the Pre-emption Thesis in Judicial Reasoning and Precedent. *Precedente*, 22, 11-41.

<https://doi.org/10.18046/prec.v22.5315>



Esta obra se distribuye a través de una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International.

## Abstract

This article reflects on one of the challenges Gerald Postema's account of the autonomy thesis poses to Raz's pre-emption thesis in judicial practice and precedent. Certain flaws in the pre-emption thesis, as applied to courts, come to light upon analyzing the *autonomy challenge*, whereas some aspects of the former are better understood from the perspective of the latter. This work shows that, although these two theses seem to clash, the autonomy challenge leads instead to an alternative approach to the pre-emption thesis that allows exploring some disregarded relationships between judicial practical reasoning and precedent. Drawing from this Raz-Postema debate, I argue for an alternative reading of the autonomy challenge by introducing the hermeneutic strategy of courts (HeSCo) as a tool to analyze the role of officials as addressees of exclusionary legal directives and its explanatory force. The HeSCo ultimately unravels the paradox by holding the pre-emption thesis as central to the proper understanding of judicial practice and precedent.

**Keywords:** Precedent; Authority; Judicial Reasoning; Pre-emption Thesis; Autonomy Thesis; Practical Reasoning; Exclusionary Reasons.

## Resumen

Este artículo reflexiona acerca de uno de los desafíos que la *tesis de la autonomía* le presenta a la *tesis de la exclusividad* en el contexto de la práctica judicial y el precedente. Analizaré el desafío de la tesis de la autonomía para revelar algunos defectos de la tesis de la exclusividad en el contexto judicial. El trabajo busca mostrar que, más allá del aparente conflicto entre ambas tesis, el desafío de la tesis de la autonomía abre la puerta a una perspectiva distinta y enriquecida de la tesis de la exclusividad, según la cual algunos aspectos de esta última pueden comprenderse mejor desde la perspectiva de la primera. Defenderé, entonces, una lectura alternativa del desafío, en la cual la tesis de la exclusividad es central para la adecuada comprensión de la práctica judicial y el precedente.

**Palabras clave:** precedente; autoridad; razonamiento judicial; tesis de la exclusividad; tesis de la autonomía; razonamiento práctico; razones excluyentes.

## Resumo

Este artigo reflete sobre um dos desafios que a *tese da autonomia* apresenta para a *tese da exclusividade* no contexto da prática judicial e do precedente. Analisar-se-á o desafio da tese da autonomia para revelar alguns defeitos da tese da exclusividade no contexto judicial. O trabalho procura demonstrar que, além do aparente conflito entre ambas as

teses, o desafio do teste da autonomia abre o caminho para uma perspectiva distinta e enriquecida da *tese da exclusividade*, segundo a qual alguns aspectos desta última podem ser mais bem compreendido desde a perspectiva da primeira. Defender-se-á, portanto, uma leitura alternativa do desafio segundo a qual a tese da exclusividade é central para a adequada compreensão da prática judicial e o precedente.

**Palavras-chave:** precedente; autoridade; raciocínio judicial; tese da exclusividade; tese da autonomia; raciocínio prático; razões excludentes.



## Introduction

For a long time, precedent has been one of the most controversial topics in legal theory. The discussion about its nature, elements, foundation, justification and identification is ongoing and dynamic (Goldstein, 1984). According to Stone (1959, p. 598), “The doctrine of *stare decisis*, in addition to whatever it may enjoin upon the intellect, certainly evokes an atmosphere and a mood to abide by ancient decisions, to follow the old ways, and conform to existing precedents.”

There have been attempts to clarify what exactly is implied by “to be abide by previous decisions.” Interestingly, any attempt to talk about a theory of precedent faces challenging questions that have been debated since the early days of common law origins (Stone, pp. 597-599), and theorists continue to shed light on the different dimensions<sup>1</sup> of the precedent,<sup>2</sup> as well as on related topics such as judicial reasoning and interpretation.

Continuing those efforts, Gerald Postema examines the central tenets of what he called the *autonomy thesis*. According to this thesis, law alters an individual’s practical reasoning, because the very existence of law provides the subject with new and different reasons for action (Bix, 2011).<sup>3</sup> By adding reasons, law defines a special limited domain of legal reasons and norms<sup>4</sup> that demand special attention, given that they are the set tool used in public practical reasoning.

According to Gerald Postema, it is common for courts to resort to non-sourced principles to justify interpretations that go beyond the established or plain meaning of legal norms, distinguishing or even overruling precedents, and that is why the “features of (this) familiar legal practice threaten the descriptive

1 Naturally, common law theorists have covered different dimensions of the discussion: Goodhart (1930); Simpson (1957); Stone (1959); Cross et al. (1961); MacCormick (1978); MacCormick et al. (1991); Alexander et al. (2008); Duxbury (2008); Schauer (1991), to name just a few well known authors. However, precedent has become a central discussion topic for civil law legal scholars as well, as shown by the academic production in the last two decades: Moral Soriano (2002); Bernal et al. (2009/2015); Bustamante (2016); Pulido (2018); Gómora-Juárez (2018); Gascón et al. (2020); Núñez-Vaquero et al. (2021); Rojas (2021); Camarena (2022).

2 For possible explanations of the precedent as a concept used in common law and civil law legal systems, see Gómora-Juárez and Núñez-Vaquero (2017).

3 Bix elaborates on this *approach* as a trend of contemporary discussions that analyze issues regarding the normativity of law or the authority of law in terms of reasons for action.

4 Throughout “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, Gerald Postema uses “legal norms” in reference to any institutional provision directed to guide people’s conduct. In this paper, I will use “legal directive”, “legal rule” and “legal provision” interchangeably to convey the same meaning and sometimes to preserve the cited author’s original wording.

adequacy of the Pre-emption Thesis, for it appears that in these cases legal norms fail to exercise pre-emptive force on the deliberations of the courts.” (Postema, 1999, p. 99)

This paper discusses a central question that the autonomy challenge poses to the pre-emption thesis: whether it is possible to explain practical judicial reasoning and precedents by applying the pre-emption thesis. The answers obtained bear theoretical implications beyond the scope of this discussion and will not be addressed here.

My aim, then, is threefold. First, I explain the framework of the autonomy challenge in Section 2; I then examine the autonomy challenge in Section 3, where the analysis shows how it sheds light on crucial but overlooked aspects of judicial practical reasoning and precedent. In Section 4, I explore the autonomy challenge outcomes on three interconnected aspects of judicial practice, and how it fails to cover all the dimensions of the nature, force and application of precedent. Finally, I discuss an alternative way to the challenge and a better approach to understand judicial practice by showing that the autonomy challenge ultimately complements the pre-emption thesis and helps to reconcile the conflicting points between both theories.

## The Autonomy Thesis Framework

In a thought-provoking paper, Gerald Postema examines the central tenets of what he called the *autonomy thesis*, explaining how “the creation myth” has led us to believe in the need to unify people’s judgments to enable them to speak in the language of law. As such, several theorists (otherwise divergent) think the fundamental task of the law consists of “supply[ing] a framework of practical reasoning designed to unify public political judgment and co-ordinate social interaction” (Postema, 1999, pp. 79-80), which, in turn, provides the key to understanding the nature of law.

From this standpoint, different contemporary theories look at certain general jurisprudential issues through a common narrative (Postema, 1999, pp. 79-80) of shared methodological assumptions about the nature of law. Postema claims that this “tradition” has applied the so-called autonomy thesis in many ways, and even though he accepts one version of it, his aim is to subject certain aspects of the autonomy thesis to closer examination.

As a thesis regarding the nature of law, the autonomy thesis is a descriptive approach aiming to provide an account of the nature of legal practice as we know it and other structural features of law. The thesis challenges specific aspects shown in some theories that embrace it and are shown as instances of autonomy thesis, but, mainly, the thesis points out potential flaws and conflicting aspects of legal theory that need to be revisited.

The autonomy thesis, as presented, encompasses the notion of a limited domain of practical reasons or norms used in public debate, also known as the limited domain thesis. The practical force of legal reasons has been introduced in the form of the pre-emption thesis, while the sources thesis maintains that the existence and content of member norms can be determined by social facts (Postema, 1999, p. 82).

From this approach, legal norms and reasons can be identified by “content-independent criteria”, which means that the existence, content and validity of laws can be established by reference to social facts (sources) without resorting to a moral or evaluative argument (Postema, 1999, p. 81).<sup>5</sup>

In that regard, the autonomy of law strives to show that legal reasoning—though not judicial reasoning—proceeds by itself, regardless of other moral or political justifications, as a thesis about the relationship of legal and moral reasons as they take place in the practical reasoning of both officials and citizens.

One very widely accepted idea in contemporary legal philosophy is that law regulates conduct by issuing legal directives that guide a subject’s behavior, providing them with reasons for action. As such, law can make a difference in our practical reasoning. This is particularly evident in judicial reasoning, where ruling on certain issues provides a suitable scenario to test the normative function of law (Bix, 2011, p. 1).

In Razian terms, the pre-emption thesis means that the fact that an action is required by the authority prevents the agent from acting according to his own assessment of the applicable first-order reasons (Raz, 1985, p. 298). At the same time, the agent counts on a second-order reason to comply with the directive issued by the authority (Raz, 1979, pp. 140-141). In that sense, legal reasons are not added to any other reasons the agent might have, but rather replace them. Unlike first-order reasons, these reasons are opaque and do not show a

---

<sup>5</sup> Postema invites us not to equate the authority theory to the separability thesis or to associate it with the positivist legal theory.

direct relationship between the action required by the law and its justification (Postema, 1999, p. 85).

Counting on a legitimate authority<sup>6</sup> enables us to replace our judgment of the balance of reasons with the authority's judgment, which aims to reflect the correct balance of dependent reasons through legal norms. In other words, institutionally accepted second-order reasons, known as exclusionary reasons –whose content is not alien to our deliberation but part of it–, provide a reason not to act on our own judgments of first-order reasons (Vega Gómez, 2014, p. 1185).

Such idea is part of Raz's account of legitimate authority. The *dependence thesis* establishes that directives from legitimate authorities should be based on reasons that apply to its addressees (dependent reasons); the *normal justification thesis* states that authority is justified only insofar as the agent is more likely to act according to the right reason by following the authority's judgment of what they should do, instead of following her own judgment about what she should do; and the pre-emption thesis explains that the fact that an action is required by the authority should replace other relevant reasons (Raz, 1978, p. 140; 1988, pp. 46-55).

On the other hand, the normative thesis, known as the service conception of authority, shows the limited role of legitimate authorities by grounding directives on dependent reasons and selecting the right reasons to abide by the corresponding directives. Authority serves its subjects by doing a better job of specifying what right reason requires. Once the right reason is selected, the pre-emptive quality of authoritative directives shows the proper treatment they should receive to fulfill a mediating service (Raz, 1988, pp. 53-56).

Courts carry out a variety of functions mainly directed at settling disputes and some of them are entitled to provide answers where the law is silent. This activity entails a creative element in interpretation and the possibility to resort to non-sourced principles, given that it is the only way to give a solution that is not yet included in law (MacCormick, 1978, pp. 196-197). Notwithstanding, the very recourse to interpretation offers an opportunity to set a precedent or even overrule a previous one, which, according to Postema, threatens the descriptive adequacy of the pre-emption thesis.

---

<sup>6</sup> The explanation of effective authority presupposes that of legitimate authority. Any authority claims to be legitimate, even though they may fail to meet that criterion, but that is the proper way to understand their role (Raz, 1979, p. 29).

In other words, the authority's mediating service is not properly fulfilled when courts interpret the law, because on such occasions their recourse to non-sourced principles means they are not relying on legal norms or treating them as pre-emptive reasons but opening the balance of reasons. That same court practice threatens the tenets and the proper treatment of legitimate authority.

## On the Autonomy Challenge

As explained above, the authority theory presupposes certain sub-theses. However, Postema draws attention to an allegedly descriptive inadequacy of one of these sub-theses –the pre-emption thesis– in judicial practice.

This alleged inadequacy stems from the creative function of judicial interpretation that regularly comes into conflict with the pre-emption thesis whenever courts resort to non-sourced material to decide cases (Raz, 2009, pp. 373-395),<sup>7</sup> for in so doing, courts treat legal rules as first-order reasons. This picture of interpretive judicial practice clashes with the idea that legal rules purport to provide us –courts included– with exclusionary reasons for action.

As a result, the substantive content of the pre-emption thesis does not adequately explain the courts' practice of interpreting, creating and overruling precedents, given that in such instances officials do not have a special domain of legal reasons to be used in public practical reasoning.

Hence, the specific judicial practice of precedent<sup>8</sup> –understood as [authoritative] prior decisions that function as models for later decisions (MacCormick et al. 1997, p. 1)– seems to void the descriptive power of the pre-emption thesis as an instance of the autonomy thesis framework; i.e., that law provides its subjects with reasons for action that can make a difference in their practical reasoning.

Let us keep in mind that interpretation (*sensu stricto*) “occurs where there are doubts in the understanding of a language when it is used, in a particular context, in an act of communication”; that context can be judicial where the

7 Apparently, there is no real disagreement on the fact that legal reasoning is evaluative reasoning according to law. Given that judges resort to interpretation and to moral reasons, judicial reasoning is not autonomous. This autonomy must be distinguished from the autonomy of law, i.e., to identify the content of the law without recourse to moral reasoning, an aspect of the sources thesis.

8 In civil law, there have been efforts to explain precedent by observing how courts have applied it (Camarena, 2022) or considering different characterizations on “following precedents” (Rojas, 2020).

interpretation is performed by a court with the purpose of making a binding legal decision in a particular case (MacCormick et al. 1997, pp. 12-13).

So, what are the underlying components of the autonomy challenge, and what is its scope? Consider the fact that legal rules are special kinds of reasons for action because they purport to function, simultaneously, as dependent reasons for action –because they are based on the reasons the subject already had– and second-order reasons for not acting on the agent’s first-order reasons, which would otherwise apply (Waluchow, 2000, p. 47).

This is why it is said that authoritative legal directives intend to provide its subjects with new reasons for action, different from the first-order reasons they had, but still based on some of them (limited domain thesis) (Postema, 1999, p. 79; Raz, 1979, p. 29). The limited domain of laws is identified by content-independent criteria, which means that legal norms can be identified by neutral social facts provided by the rule of recognition<sup>9</sup> (sources thesis) and not by its substantive content.

Following Postema, the pre-emption thesis is added to the challenge scheme as a conceptual statement on the proper way legal rules should function on its addressees’ practical reasoning. Therefore, legal rules purport to provide exclusionary reasons for action that preclude an agent from acting on her competing first-order reasons (Postema, 1999, p. 85).

With these elements in mind, let us reformulate the challenge as follows: “Courts often resort to non-sourced based principles to justify interpretations that set aside the established meaning of statutes, to justify, distinguish or even overrule established precedents.” This trait of court practice threatens the descriptive adequacy of the pre-emption thesis, given that in those cases legal rules fail to exercise pre-emptive force on the courts’ deliberations.

From Postema’s perspective, even though the pre-emption thesis might possibly resist the challenge, it would hardly resist the one stating that the pre-emptive treatment citizens give to legal rules depends on the courts’ giving legal rules pre-emptive treatment in their practical reasoning (Postema, 1999, p. 99). The fact that, ordinarily, courts interpret legal rules seems to show that they do not treat them as exclusionary reasons for action in their practical reasoning.

---

<sup>9</sup> Understood as the rule of a legal system that set the test of validity which specifies the properties that renders other rules parts of that system (Shapiro, 2009, p. 4).

Therefore, citizens have no reason to believe in the exclusionary status of legal rules (Postema, 1999, p. 100; Raz, 2009, pp. 394-395).<sup>10</sup>

For Margaret Martin (2014, pp. 176-177) the formulated query (in terms of beliefs) means that, since judges are constantly changing the law (i.e., changing citizens' pre-emptive first-order reasons for action), citizens do not believe law has a pre-emptive force, and will therefore not behave accordingly. However, putting the challenge in those terms shifts the approach of the discussion towards the beliefs and attitudes of the participants in legal practice. But, as Rodríguez-Blanco observes, that formulation does not succeed because it turns Postema's argument into an empirical one that does not take on the normative question in Raz's theory, as developed and stated in Raz's reply to Postema (Rodríguez-Blanco, 2016, p. 427).

As a result, the challenge needs to be reformulated to direct it at Raz's theory, given that in his theory judges exercise practical reasoning, meaning "the general human capacity for resolving, through reflection, the question of what one is to do" (Wallace, 2020). Rodríguez-Blanco therefore suggests reformulating Postema's objection not by focusing on behavior or beliefs, but by putting emphasis on the structure of practical reasoning and how it works in order to strengthen the challenge (Rodríguez-Blanco, 2016, p. 427).

By incorporating Rodríguez-Blanco's suggestion and putting emphasis on courts practical reasoning, a different way of analysis is open to explore Postema's criticism structure. In fact, the reformulated challenge reveals a very interesting point of analysis regarding the courts' practical reasoning directly related to the addresses of the law. In the following sections, I will discuss this aspect of the challenge.

Having said that, let us recall that the specific theoretical framework in which courts authoritatively apply<sup>11</sup> and interpret source-based law is called *institutionalized autonomy theory*, which is embedded in the general autonomy

---

10 Raz addresses this objection by rejecting that the pre-emptive force of directives depends on people's beliefs or attitudes. Even though the legitimacy of much of the law depends on population acceptance, it is not the case that every occasion in which legal directives are applied is an opportunity to modify it. As such, it is improbable that general acceptance can be subverted because of judicial practice.

11 It should be noted that whenever the terms authority or authoritative directives are used in this article, I refer to legitimate authority as defined by Joseph Raz.

thesis. The former shows how judicial reasoning operates, while the latter models legal reasoning (Postema, 1999, pp. 98-99).

Exploring this point is important, because Postema presents us with the opportunity to examine the structure of the court's practical reasoning,<sup>12</sup> in which creative activity takes place. Moreover, the discussion allows to delve into the (usually assumed) authority of precedent from this standpoint, its application, and its relation to the broader theory of law it supports.

The autonomy challenge has implications on different theoretical aspects. The first implication is the potential undermining of the service conception of authority, given that the court practice previously described seriously questions the ability of law to fulfill the mediating service it claims to provide. Since in hard cases courts need to resort to interpretation to offer a solution to the question at hand, it can be inferred that the law does not provide its subjects any service at all.

A second implication has to do with the adequacy of the sources thesis to explain adjudication. Given that in judicial practice it is possible that courts use non-sourced material in some cases, we face the problem of uncertainty about the mutual identification of the practical rules that are supposed to govern social interaction (Postema, 1999, p. 97). This implication threatens the authoritative trait of the precedent as a legal directive.

A third implication is that, if successful, the autonomy challenge would render an explanation of precedential authority inadequate, given the tension arising from one of the foundational sub-theses of the authority theory, namely, the pre-emption thesis. This possibility compels us to look more closely at our precedential practice when discussing its addressees.

The general notion of theory of precedent, as used here, refers to the organized concepts and related doctrine –commonly found in literature– that explain the practice of applying previous authoritative decisions reached by courts to the case at hand. While Raz has not advanced a theory as such, his work has developed and explained a position on the fundamental concepts of the doctrine of precedent in English law (Raz, 1979, pp. 181-182; 2009, p. 320)

---

<sup>12</sup> It is important to note that Raz only replies to Postema's criticism so that it could reveal a weakness in his own account of the nature of law.



which includes the notion of courts applying existing laws, as well as courts making new laws.<sup>13</sup>

In this regard, law-application can be understood in terms of Duarte's inferential law-application (2021, p. 372), whose definition is: "To inferentially apply a provision  $p$  (on its own) to some object  $x$  is to reason towards a conclusion  $c$  about  $x$  on the grounds that (a)  $p$  applies to  $x$ , and (b) if  $p$  applies to  $x$ , then  $c$  is true as a matter of law." This law-application definition is intended to encompass all written legal provisions including statutory provisions and precedents.

Apparently, the authority theory properly explains when we think of citizens as the addressees of authoritative legal provision, because the "authority-subject" relationship in this case is straightforwardly applicable. To illustrate the point, let us think of a homeowner's association meeting. This entity is supposed to supply the right reasons for action on behalf of the homeowners. Under regular circumstances, the homeowner's association is supposed to enforce its internal regulations, but what happens if they need to decide whether to fine an owner for exceeding the time allowed for using the roof garden? Which is a consequence not stipulated in the homeowner association regulations?

This decision-making process would require the association to open the balance of reasons and consider the corresponding first-order reasons to decide if and how to penalize the breach. The simple possibility of re-opening the balance of reasons implies that the association must treat the existing regulations as non-pre-emptive.

However, when it comes to courts, the relationship under discussion does not seem that clear, since courts perform a double role: as addressees and as authorities.<sup>14</sup> This way, the autonomy challenge highlights the possibility of treating courts as one of the addressees of legal directives; a topic that is somewhat overlooked in contemporary legal philosophy.

A fourth Implication comes from the last line the discussion entails: accepting courts as the addressees of legal directives –such as precedents– along with

<sup>13</sup> Provided that in Civil Law legal systems courts have the practice to apply authoritative previous decisions reached by other courts in their own decision, I assume the following theoretical discussion is applicable to these systems as well. Even though each system establishes the degree, limits and scope of the practice, the minimal content entailed in the general notion of trusting on judicial previous experience to decide, prevails in both kind of systems. See Gómora-Juárez (2018).

<sup>14</sup> In a similar vein, Hershovitz (2003) poses a query on legitimate authority of law in democratic societies.

citizens demands theoretical refinements that potentially modify the original authority theory.

A fifth implication turns out to be the potential inadequacy of the pre-emption thesis to explain the authority of precedent according to the autonomy challenge or, using Martin's (2014, p. 49) words, the inadequacy of the thesis, given that courts, as practical reasoners, are allowed to be released from their duties to apply the law in their interpretive role.

As seen, the autonomy challenge is linked to the authority theory since it questions the pre-emption thesis as advanced by Joseph Raz. In its original formulation, the pre-emption thesis is one of the conditions purportedly to be met by a legitimate authority, because it is the proper way in which an authority can fulfill its functions and serve its subjects by mediating between them and the reasons that apply to them (Raz, 1985, p. 299).

The autonomy challenge is insightful if it explores the tension between ordinary law-application judicial function and the pre-emption thesis when it comes to courts' interpretive function. In other words, the challenge encompasses the underlying question of Raz's authority theory compatibility with an account of officials' reasoning in their use of legal directives such as precedent.

## Rescue Strategies for the Pre-emption Thesis

Having clarified the autonomy challenge, Postema claims the only way to maintain the pre-emption thesis as a suitable theoretical framework to explain the practical force of legal directives (including precedent) –in the context of the institutionalized autonomy theory, and as an element of the description of legal practice– is to impose some kind of restriction on it.

Following Postema, we can identify two dimensions of exclusionary reasons. The two dimensions of exclusionary reasons –derived from the pre-emption thesis– are the *subject dimension* and the *substance dimension*. The *subject dimension* refers to the kind of rational agents required to treat legal reasons as exclusionary, and the *substance dimension* refers to the type of other reasons that exclusionary reasons leave out of the practical deliberation of these agents (Postema, 1999, p. 86).

Given that the autonomy thesis holds that legal directives claim to have the exclusionary practical force to exclude all other kinds of reasons outside the domain of the law from being considered, central questions arise. Regarding

the *subject dimension of exclusionary reasons*, who are the agents subject to the legal norms in question? All of them? Only citizens or officials too? And, regarding the *substance dimension of exclusionary reasons*, the question is “Do they exclude all considerations, or only the ones that fall outside the domain of law?” (Postema, 1999, p. 86).

Despite some of the challenges can be overcome by pre-emption thesis defenders—Postema acknowledges—, the above questions encompass fundamental insights for understanding general judicial practice, judicial practical reasoning and applying legal directives, including precedents.

The restriction Postema proposes adopts the form of one of two rescue strategies, if we want to keep the pre-emption thesis as an element of the theoretical explanation of judicial reasoning in general and when working with precedents. We shall call them: rescue strategy 1 and rescue strategy 2.

Rescue strategy 1 focuses on the so-called subject dimension (i.e., exclusionary reasons) and proposes restricting the pre-emption thesis subject dimension scope to citizens, claiming that this thesis applies to citizens using legal norms (even precedents), but does not apply to courts. This way, by restricting the scope of the precedent subject dimension or precedent addressees, we can dispel the objection to the treatment courts give the pre-emption thesis in its interpretive role.

Rescue strategy 2 focuses on the substance dimension of the pre-emption thesis (exclusionary reasons). According to this strategy, we can restrict the pre-emption thesis scope of substance dimension, i.e., admitting that it is possible to limit the content of legal exclusionary reasons. Thus, faced with certain subjects, we could grant that the pre-emption thesis is not applicable to courts, vanishing the objection regarding courts’ interpretive role.

Despite the initial appeal of both strategies, I consider neither is satisfactory because of the following reasons. On the one hand, rescue strategy 1 is unsatisfactory because it focuses on only one of the court’s functions (interpreting the law) while disregarding another fundamental judicial function (applying the law). Courts do not only interpret the law but also apply it when directly applicable to a case, each of which is a different function.

That is why the courts’ exclusionary course of action to explain their performance cannot be discarded. One of the court’s ordinary functions is precisely law-application, which is an instance of exclusionary treatment when the legal directive is not subject to a new balance of reasons, so it is purportedly capable of making a difference in judicial practical reasoning.

The last statement implies that there are legal provisions which do not require interpretation and allow us to recognize the courts' regular use of exclusionary reasons. Let us recall that legal directives are intended to serve as an exclusionary reason for action. It then follows that whenever a legal directive provides a solution for the case at hand, courts have an exclusionary reason for deciding accordingly. This law-application description implies an exclusionary courts' treatment of legal directives; hence, the pre-emption thesis applies to them.

We need to move away from the simplistic and misleading picture that shows courts as trapped in an irreconcilable dichotomy which forces them either to apply the law or to create it (Martin, 2014, p. 49). There is no such dichotomy, and there is no reason to think it is the case. Courts, in fact, perform both activities.

Furthermore, rescue strategy 1 avoids examining the problem by asserting a restriction over pre-emption Thesis subjects and avoids the main discussion, as Margaret Martin points out (Martin, 2014, pp. 173-176).<sup>15</sup> Following Postema, she says the restriction seems *ad hoc*, with no justification since it does not explain the fact that in contemporary legal systems courts and judicial operators are subjected to law and have the permanent obligation to apply it (Martin, 2014, pp. 173-176; Postema, 1999, p. 86).

It is important to notice, though, that courts are allowed to depart from precedent when there is compelling reason to do so; it does not discharge them from their obligation to apply the law regularly. The permanent obligation to apply the law is inconsistent with the account of adjudication that Martin ascribes to Raz (Duarte d'Almeida, 2015); instead, Raz does not deny the fact that courts interpret and resort to moral values in adjudication (Raz, 1979, pp. 181-182).

Admitting that courts do not have a real commitment to the pre-emption thesis—with the rescue strategy 1—amounts to asserting that law does not make a difference in judicial operators' practical reasoning in such a way that they are free to decide according to their best balance of first-order reasons. This is an inaccurate explanation of judicial practice.

Rejecting the pre-emption thesis for courts could indirectly have an impact on the normal justification thesis, since citizens comply with precedential rules as authoritative because of the higher probability of success in acting according to the right reasons for action. But if we presume an erratic court

---

<sup>15</sup> This criticism seems to collide with Martin's (2014) previous statement regarding the possibility of courts being released from their duties to apply the Law (p. 49).

performance in its treatment of law and inconsistency in its rulings, then the normal justification thesis is void and citizens are no longer justified for acting according to precedents (Martin, 2014, p. 36).

On the other hand, rescue strategy 2 is unsatisfactory because there is no criterion that determines the substantive contents qualified to exempt courts from applying law pre-emptively (pre-emption thesis) (Postema, 1999, pp. 101-103). Even if there were criteria to decide on the substantive content to exempt courts from performing the pre-emption thesis, such criteria would be arbitrary as we lack information and an objective parameter to define it in advance. It is not viable to establish which substantive contents apply beforehand and, thus, to know which exclusionary reasons can be exempted from court application as the strategy suggests.

It seems to me that the rescue strategy 2 does not really “rescue”, but indirectly undermines the pre-emption thesis when it allows subjective criteria to prevail over established law where applicable; the strategy then acts against pre-emption thesis premises, namely, the prevalence of an authoritative legal rule to solve the problem.

The rescue strategy 2 draws from a false assumption: the possibility of artificially dividing cases and classifying them into those that contain substantive content potentially subjected to interpretation and those that do not. Such an assumption is inadequate because any legal case is open to dealing with substantive matters for interpretation when the case arises (Postema, 1999, pp. 101-103).

According to these rescue strategies, we can implement the proposed restrictions to uphold the pre-emption thesis as an element of the theoretical explanation of judicial reasoning. However, even if we accepted the rescue strategies, we would still see courts applying legal directives, including precedents, in an exclusionary way. In fact, we would continue to observe courts applying legal directives as well as interpreting them. Therefore, how can we solve this puzzle?

Raz states that there is no such perplexity because that is the core idea of the pre-emptive force of the law. As such, by attending the query on the subject dimension scope of exclusionary reasons, Raz disagrees with the above position and holds that Postema has overlooked the simple answer, i.e., “those to whom the legal requirement is addressed are those who are bound by it” (Raz, 2009, p. 392).

Following this argument, the fact that the pre-emption thesis applies to courts simply means that courts are bound by the laws that apply to them, just as I am bound by the laws that apply to me. This assertion is fully understood considering what Raz takes to be instead the relevant question: “What does the law require the courts to do regarding laws which apply not to them but to the litigants in front of them?” (Raz, 2009, p. 392).

The previous answer and the subsequent question imply that courts do not treat the legal directives that apply to the litigants before them pre-emptively. By making such a distinction between the laws that apply to courts and the laws that apply to litigants, it seems clear that the laws that would solve the dispute brought before the court are not reasons considered in the balancing process that takes place in the practical reasoning of courts.

This last one is a crucial point of divergence in the discussion. While Raz denies the possibility that the reasons contained in legal directives that apply to litigants are also considered reasons in courts’ practical reasoning, Postema assumes that that is the case if we employ the rescue strategies. Yet, given that the reasons contained in legal provisions directed at litigants still influence the practical reasoning of courts to different degrees, the perplexity persists.

## An Alternative Reading (A Way Out)

In the previous sections, we have identified the importance of the *autonomy challenge*, analyzed its content, and reviewed the potential consequences it poses to the pre-emption thesis in judicial practice and precedent. Examining the *autonomy challenge* and the rescue strategies suggested by Postema has allowed us to expose some flaws that need to be overcome.

As we can see, the pre-emption thesis rescue strategies are unsatisfactory.<sup>16</sup> In fact, this way of articulating the discussion seems to put us up against in an apparent dilemma between both. From my perspective, there is no such dilemma since it is inadequate to maintain that we need to restrict the subject or substance dimension of exclusionary reasons to successfully explain judicial reasoning, including the practice of precedent.

It seems to me that accepting the *autonomy challenge* in its original terms implies yielding to the appealing idea that the only possible way to keep the

---

<sup>16</sup> Postema (1999) similarly concludes (although for different reasons) that the rescue strategies do not help to maintain the pre-emption thesis under the circumstances explained here.

pre-emption thesis—as an element of our explanation of precedent and judicial reasoning—is by applying the proposed restrictions referred to as rescue strategies.

As persuasive as either option may be, avoiding the complexities that arise from the challenge or keeping the theory intact and free from criticism is unsatisfactory. Instead, I argue that we should resist using these strategies because both give the semblance of being a solution but do not address the real problem.

Yielding to the rescue strategies implies foregoing an explanation of the underlying theoretical tension, i.e., explaining the role of the authority in judicial practical reasoning, including precedent, and showing whether the pre-emption thesis is compatible with judicial reasoning. Even more, this submission means giving up clarifying whether the authority plays any role at all in practical judicial reasoning and in the use of precedent, and how this occurs. It is necessary, then, to consider the conflicting aspects of the theory and revisit them.

Central as it is for contemporary legal systems, I believe that an adequate account of precedent should provide an explanation of the authority it purports to possess as a fundamental conceptual element exhibited in the practice itself. Vertical precedent—the one established when a hierarchy of courts is in place—, as the central case of that account (Alexander and Sherwin, 2010, pp. 127-129), cannot be properly understood without the concept of authority. Hence, as I have argued elsewhere,<sup>17</sup> Raz's authority theory provides us with the theoretical components to reach that understanding.

Resorting to precedent will serve to untangle the perplexity, because the very practice of precedent embodies the *autonomy challenge*. At any rate, the tension raised between judicial practical reasoning and precedential authority cannot be fully explained if we only focus on one of the dimensions of courts' practical reasoning, as the challenge suggests.

Since the challenge has been framed in very narrow terms, I consider it necessary to broaden it to get the full picture of the practice. Doing so requires taking a step back and re-thinking the terms of the challenge itself.

My claim is that there is an alternative reading of the problem, consistent with the authority theory, that has been overlooked and explains the courts'

---

<sup>17</sup> In contemporary jurisprudence discussions, there is an acknowledgement that the concept of authority plays a central role in the concept of precedent, although how it explains in adjudicative contexts and how it relates to other concepts is a largely neglected topic. This alternative reading offers a solution to this issue as well. See Gómora-Juárez (2018).

practice better than the rescue strategies do. I defend that the pre-emption thesis is applicable to courts<sup>18</sup> through this alternative reading along with other components.

Notice that the authority theory was conceived to explain the relationship between the authority and its subjects when performing a specific role and only as conceived in the original theory. Under these circumstances, the explanation on the relationship established between the authoritative precedent and its addressee flows smoothly; such an approach shows a “typical scenario”, i.e., any instance in which a precedent (or any legal directive) operates as an authoritative reason in the practical reasoning of citizens.

Consider now the central distinction between regulated and unregulated cases in the authority theory. Whilst regulated cases can be solved by applying a common law or statutory rule that provides a solution, unregulated cases are faced with a lack of correct legal answers since the law has gaps. That is why cases cannot be solved in the same way because these disputes are only partially regulated. Consequently, courts are required to employ judicial discretion to reach a solution (Raz, 1979, p. 181).

Regulated and unregulated cases provide us with an idea of the different roles that courts perform, either displaying a law-applying role or a law-creating role (Alexander et al, 2008, pp. 27-29). Notice, though, that in the *typical scenario* both roles take for granted that there is only one possible relationship between the subjects involved: the court as the authority and the citizen as the addressee.

On the other hand, an *atypical scenario* occurs with the interaction between the authoritative precedent and its addressee, who –from this perspective– is an official invested with authority. We are talking about any instance in which a precedent (or any legal directive) operates as an authoritative reason in the official’s practical reasoning.<sup>19</sup>

Gerald Postema assumes that all agents addressed by the rules, including officials in charge of enforcing and administering them, treat legal norms as exclusionary. However, the autonomy challenge loses its grip when switching from precedent’s role in the practical reasoning of citizens to precedent’s role in

---

18 For a critical account of the scope and role of the pre-emptive force of legal directives, see Pulido Ortiz (2018).

19 Note that this possibility is not considered in the framework of the authority theory.



the practical reasoning of courts, because in the last case we give up the *typical scenario* of the authority theory in any of its manifestations.

Hence, Postema's challenge is flawed because it departs from the standard picture of a subjects' relationship deployed by the authority theory, namely, the *typical scenario*. Nevertheless, considering officials as addressees of legal directives (including precedent) entails a great variation in the discussion' terms and thereby we need an alternative reading to explain it. This perspective adds to the complexity of the authority theory that does not explain the *atypical scenario*.

When we apply the proposed shift on the approach of the discussion and consider officials as addressees of exclusionary legal directives –call it, the hermeneutic strategy of courts (hereinafter HeSCo)– the terms in which we usually understand the authority in practical judicial reasoning and precedent are modified.

This shift can be better understood if we draw upon Meir Dan-Cohen's idea –commonly overlooked– to draw a serious distinction in the law between legal directives addressed to the public and those addressed to officials.

Legal directives are commonly understood as actor-specific and act-specific, which means that they are directed to certain subjects and guide them regarding a certain type of action (Raz, 1999, p. 50). So, the legal provision that forbids exceeding the speed limit, seen as a *conduct rule*, is directed at ruling people's actions as the legal provision-subject and identifies the act of speeding as the legal provision-act.

When it is said that courts “apply” the legal provision that forbids exceeding the speed limit, we need to realize that they are not bound by that directive, i.e., courts are not one of the legal provision-subjects nor does its act (that of imposing a penalty) correspond to the legal provision-act (not speeding) specified by the directive. An adequate account of courts' decision-making needs an additional directive whose legal provision-subject are the courts, and whose legal provision-act is the act of judging, called a *decision rule* (Dan-Cohen 2002, p. 39; Raz, 1999, pp. 146-148).

Dan-Cohen's account illustrates the problem raised by Postema's challenge and introduces elements to strengthen the argument.<sup>20</sup> Additionally, the

---

20 Let us keep in mind that Dan-Cohen's distinction is not purported to solve the tensions arising from precedent and legal interpretation, abstractly considered, but to shed light on what I called the HeSCo and the distinction between legal directives addressed to the public and those addressed to officials.

introduction of these two kinds of directives in our description of the legal system delivers a more precise and satisfactory account of guiding people's behavior through directives presented in the previous example.

*Conduct rules* and *decision rules* are closely related; their relationship can be explained as follows: courts are enabled by the decision rules to apply the conduct rules of the system directed at citizens (Dan-Cohen, 2002, p. 40). Here, Dan-Cohen highlights that, although possible, it is not a necessary relationship and should not be assumed, because the previous conceptual separation requires an explicit examination of the various normative considerations that guide judicial decision-making.

According to Dan-Cohen, the distinction between conduct rules and decision rules leads to an ambiguity contained in the proposition “the role of judges and other officials is to apply the law”, as long as referring to this practice as “law application” obscures the existing complexity in the operation of two different directives in each case of application. Though it is a truism that courts follow the law (decision rules) in deciding cases, their task regarding conduct rules is not similarly obvious (Dan-Cohen, 2002, p. 40).

Unlike the condition of acoustic separation prevailing in an imaginary universe consisting of two groups of people –citizens and officials–, who are in acoustically sealed chambers that only receive the legal directives that apply to them, in the real world, officials and citizens are not in sealed rooms and receive the messages directed at both groups (Dan-Cohen, 2002, pp. 40-41).<sup>21</sup> Hence, any given legal directive may simultaneously guide both conduct and decision whereby we can have legal directives that can be conduct rules, decision rules or both.

As a result, Dan-Cohen calls for an account that preserves the distinction between both kinds of rules while depicting their interrelationship more accurately than the prevailing view does. I think the atypical scenario helps to explain the normative considerations involved as part of judicial decision-making and offer a more accurate explanation of the relationship between conduct rules and decision rules in court's practical reasoning.

---

21 This heuristic device is called “The Model of Acoustic Separation.” Consider that Dan-Cohen applies this model to a different subject matter; however, his explanation of conduct and decision rules is helpful to clarify some elements of the HeSCo, since some theoretical frameworks and concepts are frequently useful and applied in more than one context due to their explanatory scope.

Let us assume that in the real world there is a relative independence between conduct rules and decision rules, which allows us to implement the hermeneutic strategy of courts (HeSCo), i.e., the shift on the approach of the discussion that considers officials as addressees of exclusionary legal directives to explain the court's relationship with the authority in the decision-making process.

It would be excessive to demand that a theoretical framework conceived to explain a typical scenario would succeed in explaining a different scenario since, in it, the legal directive that requires the courts to follow precedents—as a part of the rule of recognition—is the only one with authority over courts.

These remarks are crucial for advancing in the right direction. It is not my intention to dismiss the challenge because it does not cover an atypical scenario. On the contrary, I acknowledge the significant contribution the autonomy challenge has made. First, it has cast attention on our partial theoretical approach when explaining precedential practice which disregards judicial decision-makers as central participants; and second, it has questioned theoretical assumptions that enable us to think from the HeSCo.

To address the autonomy challenge seriously, it is not enough to implement rescue strategies if we keep assuming the typical scenario is the only one possible to fit the explanation, while ignoring the depth of the atypical scenario. It is precisely from the atypical scenario that we can explain the role authority has in the practice of precedent for courts. Besides, this alternative starting point opens the possibility to discuss an aspect commonly overlooked by authority theory defendants and critics alike.

The previous argument reveals the importance of distinguishing between precedent addressee-scenarios to understand practices in their proper dimension. As explained above, courts take on a role as an authority-creator of precedent and, simultaneously, as an addressee of the rule of precedent.

It is my contention that the HeSCo is a fitting approach to describe this interaction and clarify the complexities arising from the conduct and decision rules for courts. According to my proposal, it is possible to resort to the authority theory when applied to precedent. However, a precedential authority account needs to adopt certain features of its own and build upon them to reconcile the complexities involved in an atypical scenario with the HeSCo. This account requires additional theoretical development.

In this respect, Raz distinguishes between legal directives, conferring powers to officials as rules of recognition, and rules that apply to the public, which

officials only need to consider as valid legal directives (Raz, 1999, p. 147). Rules of recognition, like the so-called decision rules, should not be confused with second order reasons to act on a reason. However, it is possible to consider a conduct rule as a second order reason to decide on a reason, and this is the image described by the model of acoustic separation.

The proposition according to which “Courts consider as valid the *conduct rules* they have the obligation to apply following the *decision rules*” implies that courts use conduct rules in their decision-making process. Conduct rules are premises in courts’ practical reasoning, given they constitute reasons for a court’s decision with pre-emptive force. From this perspective (HeSCo), the action of considering conduct rules as valid implies the courts’ using the conduct rule applied to citizens on its own practical reasoning by deciding.

In a recent thorough article, Luís Duarte d’Almeida (2021) discusses what “apply the law” means, its relationships and instances.<sup>22</sup> With an astonishing clarity, Duarte draws a distinction between inferential law-application and pragmatic law-application whereby the former is the decision-makers act of reasoning towards a conclusion supported by any written legal directive, including precedents (Duarte, 2021, pp. 363-364).

On the other hand, pragmatic law-application refers to the actual performance of an external “action such that (a) the agent takes to be an action that either (a1) she legally ought to perform, or at least (a2) she is legally permitted to perform (in the sense that it is not the case that she legally ought not to perform it).” This characterization of pragmatic law-application coincides with Dan-Cohen’s decision rules, explained as the legal provision whose subject are the courts and whose object is the act of judging. (Dan-Cohen, 2002, p. 39)

Both schemes are aware of and concerned with the need to explain the two court roles displayed in practical reasoning when deciding. Note, however, that Duarte (2021) accords that “Not all legally justified judicial decisions are law-applying decisions. But what courts legally ought to do turns in part –in large part– on existing law” (p. 374), recognizing somehow the courts’ creative role is to be distinguishable from courts applying role.

---

22 In the same vein, Navarro and Moreso (1997) distinguish between “internal” and “external” applicability of legal norms, where the internal applicability refers to the sphere of validity of legal norms and external applicability refers to institutional duties.

Although the theoretical explanation I suggest takes the internal point of view of “addressees” of precedent as the participants of the practice (hermeneutic turn), we need to bear in mind the centrality of judicial decision-makers at the interpretive occasion as well –whenever unregulated cases arise. This aspect is central for obtaining a complete picture of the practice and is achievable through the HeSCo. I contend, then, it is necessary to make a distinction between the practical reasoning of citizens and that of judicial decision-makers.

The authority theory was thought to explain the typical scenario where it is clear how an authority operates in both legal and non-legal examples. For instance, when I am ill and my doctor prescribes a medical treatment for me to recover, I clearly perform the role of addressee as the subject of a medical authority. Or when my car is towed away by a traffic authority and I must pay a fine to get my car back, my role again is that of addressee and subject of the administrative authority.

Both examples show agents performing identified and defined roles. As seen, the authority theory in its own terms adequately covers and explains that aspect of the practice of precedent regarding citizens and officials, in general. Let us now consider a precedential rule (X) according to which it is unconstitutional for a law to consider procreation and heterosexuality as constitutive elements of marriage.

(X) is the precedential rule that decision-makers have an obligation to apply.<sup>23</sup> According to (X), Amanda and Sofia –as the addressees of the rule of precedent– can get married because a court already weighed the reasons and decided (X) as the reason for action in that situation.

Applying the HeSCo, if Amanda and Sofia brought their case before a court, the court –performing as an addressee of (X)– would have an exclusionary reason for action, which in this instance is to decide according to (X). In this example, we can identify two important points. On one hand, the participants in this example perform the roles of citizen-addressee and judicial official-addressee of the precedential rule, respectively. On the other hand, because of the relative independence between conduct rules and decision rules, the referred precedential rule operates as an exclusionary reason for action in the court decision-making.

---

<sup>23</sup> In some jurisdictions, the reach of precedents is restricted to the judicial branch, but that distinction does not affect the structure of the argument.

From the HeSCo, by applying rules of precedent in the atypical scenario, courts play the role of addressees of precedent –which as an existing legal directive– they are subject to apply in an exclusionary way. While in the typical scenario, by creating rules of precedent, overruling or distinguishing, courts perform as an authority whose decision is directed to others. This is the act the regular model of authority dictates. The crucial point to bear in mind here is that courts constantly perform both roles.

At the same time, the autonomy challenge and the rescue strategies advance their explanation based only on one of the roles that courts perform which has, in turn, led to partial explanations of precedential and judicial practice. Then, it is important to identify the role that courts perform (applying or creating law) and the scenario or perspective used in each case to explain how its practical reasoning take place.

Both roles can be exemplified as follows. When a judicial decision-maker settles a case by applying an authoritative precedent (performing as a legal directive-addressee), he is using an exclusionary reason to solve the case, i.e., he has a first-order reason to decide according to the rule content and a second-order reason not to re-open the balance of reasons. The balance of reasons has been done before by another court, which is why there is an applicable rule of precedent in first place.

36 Meanwhile, when courts face unregulated cases, they are presented with an occasion to exercise interpretation and to provide an answer to settle the case at hand. In this instance, the court is performing its role of creative authority whose obligation is to weigh reasons through a new reasoning process to provide a solution to the problem at hand. In this situation –and even in overruling or distinguishing practices– the judicial decision-maker does not have a first-order reason to decide (because the problem is not settled or not covered by the precedent, there is a more suitable answer than the precedent or the case at hand has a characteristic not considered by the precedent). Consequently, the second-order reason not to re-open the balance of reasons no longer exists, which means that the judicial decision-maker necessarily will re-open the balance of reasons.

These examples reveal the interpretive occasion that comes up whenever unregulated cases appear, as these require a completely different reasoning process from the one a court requires for regulated cases. In unregulated cases, coherence and creativity have a role to play to reach a solution, even though

existing law broadly guides that decision. Conversely, when faced with regulated cases, courts rely on the reasons for action provided by legal provisions which offer a solution to the case at hand.

Notice that if we use the HeSCo as suggested, we would broaden the scope of authority application which goes beyond the typical scenario it was conceived for. On the other hand, awareness of the roles and possible scenarios in judicial decision-making makes this a tenable explanation of the existing relationship between the authority and the courts in their practical reasoning to decide.

Since regulated and unregulated cases coexist, we need to be able to explain not only the typical but the atypical scenario, as well as to provide a complete account of judicial practice and precedent. This last point leads to the need of further theoretical developments to explain the latter in terms of the interaction between precedent and courts reasoning in its different roles; the authority theory provides the elements to do the job.

## Final Remarks

Though the authority theory is not meant to cover the complexity discussed herein, it is still a valuable theoretical framework to explain our concept of precedent, with the peculiarity that, in the case of precedent, it deploys its own features derived, for instance, from the dual role of courts as applying-addressees and creating-addressees.

Among other lessons, the autonomy challenge pointed out at a theoretical gap in the authority theory regarding courts practical reasoning and precedent; a gap that legal philosophers need to fill. The observation of considering courts as legal directives-addressees and subjects of the authority of law stresses an important aspect of that other dimension commonly neglected.

Additionally, Postema's reformulated autonomy challenge reveals the tension between the authority theory and the practice of precedent. However, the shift of approach applied through the HeSCo preserves the notion of authority from the authority theory, as originally conceived, since any authority claims to provide reasons for action as the result of a balancing-reasons service.

Discussing only one of the roles performed by courts would render the sources thesis inadequate. However, by considering the dual role courts perform, it is possible to grasp how the sources thesis still explains the practice of precedent. Law can be identified by social facts, but a gap is nonexistent law. Then, the

court's law-making process creates law where there was none, and this practice is also a social fact.

As the article showed, to disentangle the puzzle, it is necessary to further the discussion regarding courts as practical reasoners, as well as to pursue a more complete account of precedent, to be able to explain how the authority functions and how interpretation takes place in the court's practical reasoning according to the roles described. The HeSCo is a useful tool to that end. The suggested theoretical distinction on court roles and the relative separation of legal directives is a necessary step towards properly explaining how practical court reasoning occurs.

## References

- Alexander, L. & Sherwin, E. (2008). *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge University Press.
- Alexander, L. & Sherwin, E. (2010). Los jueces como creadores de reglas. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 4, 127-167.
- Bernal Pulido, C., Bustamante, T. (Eds.). (2015). *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (R. Camarena, Trans.). Universidad Externado de Colombia (Original work published 2009).
- Bix, B. (2011). The Nature of Law and Reasons for Action. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 5, 399–415.
- Camarena González, R. (2022). La ratio decidendi a través de ojos mexicanos. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 16.
- Cross, R. & Harris, J. W. (1961). *Precedent in English Law*. Clarendon Press.
- Dan-Cohen, M. (2002). *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self, and Morality*. Princeton University Press.
- Da Rosa de Bustamante, T. (2016). *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de las reglas jurisprudenciales* (Juan Carlos Panez Solórzano & Brian L. Ragas Solórzano, Trans.). Ediciones Legales.
- Duarte d'Almeida, L. (2015). Review of *Judging Positivism*, by Margaret Martin. *The Modern Law Review*, 78(4), 699-707. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12136>



- Duarte d'Almeida, L. (2021). What is it to Apply the Law? *Law and Philosophy*, (40), 361-386.
- Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press.
- Gascón Abellán, M. & Núñez-Vaquero, Á. (Eds.). (2020). *La construcción del precedente en el Civil Law*. Atelier.
- Goldstein, L. (1984). Some Problems about Precedent. *The Cambridge Law Journal*, 43(1), 88-107.
- Gómora-Juárez, S. (2017). La posibilidad conceptual y el argumento histórico en torno al estudio del precedente. *Precedente*, 11, 137-185. <https://doi.org/10.18046/prec.v11.2448>
- Gómora-Juárez, S. (2018). *Un análisis conceptual del precedente judicial*. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Goodhart, A. L. (1930). Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, 40(2), 161-183.
- Hershovitz, S. (2003). Legitimacy, Democracy, and Razian Authority. *Legal Theory*, 9(3), 201-220. <https://doi.org/10.1017/S1352325203000090>
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press.
- MacCormick, N. & Summers, R. S. (1991). *Interpreting Statutes*. Ashgate.
- Martin, M. (2014). *Judging Positivism*. Hart Publishing.
- Moral Soriano, L. (2002). *El precedente judicial*. Marcial Pons.
- Navarro, P. E. & Moreso, J. (1997). Applicability and Effectiveness of Legal Norms. *Law and Philosophy*, (16), 201-219.
- Núñez-Vaquero, Á., Arriagada Cáceres, M. B. & Hunter Ampuero, I. (Eds.). (2021). *Teoría y práctica del precedente*. Tirant lo Blanch.
- Núñez-Vaquero, Á. (Forthcoming). *Precedentes: una aproximación analítica*. Marcial Pons.
- Postema, G. J. (1999). Law's Autonomy and Public Practical Reason. In Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law Essays on Legal Positivism* (pp. 79-118). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198267904.003.0004>

- Pulido Ortiz, F. (2018). *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*. Editorial Universidad de la Sabana.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Clarendon Press.
- Raz, J. (1985). Authority, Law and Morality. *Monist*, 68(3), 295-324. <https://doi.org/10.5840/monist198568335>
- Raz, J. (1988). *The Morality of Freedom*. Clarendon Press. <https://doi.org/10.1093/0198248075.001.0001>
- Raz, J. (1999). *Practical Reason and Norms*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198268345.001.0001>
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199562688.001.0001>
- Raz, J. (ed). (2011). Practical Reasoning. *From Normativity to Responsibility* (pp. 130-141). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199693818.003.0007>
- Rodriguez-Blanco, V. (2016). Review of *Judging Positivism*, by Margaret Martin. *Law and Philosophy*, 35(4), 425-433. <https://doi.org/10.1007/s10982-016-9262-4>
- Rojas Marroquín, A. M. (2021). Precedente, analogía y razones para actuar. Comentarios sobre la propuesta de Frederick Schauer. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 15, 307-342. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2021.15.16125>
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford University Press.
- Shapiro, S. (2009). What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)? In Matthew Adler and Kenneth Einar Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution* (pp. 235-268). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195343298.001.0001>
- Simpson, A. W. B. (1957). The Ratio Decidendi of a Case. *The Modern Law Review*, 20(4), 413-415.

- Stone, J. (1959). The Ratio of the Ratio Decidendi. *The Modern Law Review*, 22(6), 597-620.
- Vega Gómez, J. (2014). Autoridad. In Jorge L. Fabra and Verónica Rodríguez-Blanco (eds.), *Enciclopedia de teoría del derecho y teoría jurídica* (Vol. 2.) (pp. 1177-1192). Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12688>
- Wallace, R. J. (2020). Practical Reason. In Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2020 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/practical-reason/>
- Waluchow, W. J. (2000). Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism. *Legal Theory*, 6(1), 45-81.



**Mabel Londoño Jaramillo\***

Corte Constitucional de Colombia

mabel.londono@gmail.com

**Las diferentes olas de participación ciudadana  
en el proceso constituyente de 1991\*\***

*The Different Waves of Citizen Participation  
in the Constituent Process of 1991*

*As diferentes ondas de participação cidadã  
no processo constituinte de 1991*

**Artículo de reflexión:** recibido 29/04/2022 y aprobado 06/09/2022

\* Abogada de la Universidad de Medellín (Colombia). Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia) y en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España). Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín y en Construcción de Paz de la Universidad de los Andes (Colombia). Con estudios de Doctorado en Filosofía en la Universidad Pontificia Bolivariana. Magistrada auxiliar de la Corte Constitucional en el despacho del magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo. Docente de cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y de la Universidad del Norte (Colombia). Integrante del Instituto Colombiano de Historia del Derecho. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1036-7896>

\*\* Este texto corresponde a una versión corta y en parte modificada de la publicación Londoño, M. (2015). *Participación ciudadana: algo más que elegir y ser elegido. Un estudio desde el proceso constituyente de 1991*, capítulo de libro, que fue producto de la investigación “La participación ciudadana en el proceso constituyente de Colombia de 1991”, realizada entre el Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y el Grupo de Investigaciones en Conflicto y Paz del Departamento de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín, financiada por dicha institución y Colciencias, en donde la autora participó como coinvestigadora.

**DOI:**

<https://doi.org/10.18046/prec.v22.5507>

**Cómo citar:**

Londoño Jaramillo, M. (2023). Las diferentes olas de participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991. *Precedente*, 22, 43-95. <https://doi.org/10.18046/prec.v22.5507>



Esta obra se distribuye a través de una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International.

## Resumen

Este artículo de reflexión describe las diferentes olas de participación ciudadana que se presentaron en el proceso constituyente de 1991. Inicia con el movimiento estudiantil de 1989, continúa con el gran debate nacional que tuvo como escenario las mesas de trabajo y las comisiones preparatorias y finaliza con la Asamblea Nacional Constituyente, la más pluralista y multicultural de la historia nacional. Concluye que la Constitución Política de 1991 surgió de un proceso constituyente inédito, que cambió la forma de hacer las constituciones en Colombia.

**Palabras clave:** proceso constituyente de 1991; participación ciudadana; movimiento estudiantil de 1989; séptima papeleta; Asamblea Nacional Constituyente.

## Abstract

This reflection article describes the different waves of citizen participation that occurred in the constituent process of 1991. It begins with the student movement of 1989, continues with the great national debate that took place in the working groups and the preparatory commissions, and ends with the National Constituent Assembly, the most pluralistic and multicultural in national history. It concludes that the Political Constitution of 1991 emerged from an unprecedented constituent process, which changed the way of making constitutions in Colombia.

**Keywords:** Constituent Process of 1991; Citizen Participation; Student Movement of 1989; Seventh Ballot; National Constituent Assembly.

## Resumo

Este artigo de reflexão descreve as diferentes ondas de participação cidadã ocorridas no processo constituinte de 1991. Começa com o movimento estudantil de 1989, continua com o grande debate nacional que aconteceu nos grupos de trabalho e nas comissões preparatórias, e termina com a Assembleia Nacional Constituinte, a mais pluralista e multicultural da história nacional. Conclui que a Constituição Política de 1991 emergiu de um processo constituinte sem precedentes, que mudou a forma de fazer constituições na Colômbia.

**Palavras-chave:** processo constituinte de 1991; participação cidadã; movimento estudiantil de 1989; sétima votação; Assembleia Nacional Constituinte.





## Introducción

El 4 de julio de 2021 la Constitución Política de Colombia de 1991 cumplió 30 años.<sup>1</sup> Este hecho invita a recordar su proceso de gestación, en sus fases preconstituyente y constituyente, y las diferentes formas que asumió la participación, junto con sus protagonistas. En razón de ello, el presente artículo habla de olas de participación ciudadana, asemejando el movimiento que se observa con la llegada de las aguas a tierra firme, la huella temporal que dejan en la arena y su pronto retiro para dar paso a la siguiente ondulación.

En un primer momento, se concentra en el movimiento estudiantil de 1989, el más numeroso y persistente de la memoria reciente, para explicar sus diversas estrategias de acción y su aporte al desbloqueo del sistema institucional; luego, aborda una segunda ola de participación ciudadana que tuvo lugar en las mesas de trabajo y las comisiones preparatorias que deliberaron entre el 14 de septiembre y el 5 de diciembre de 1990, con el encargo de recoger, articular y sistematizar la opinión de los colombianos, de forma que pudiera ser consultada y utilizada por los constituyentes, los partidos políticos, las fuerzas sociales y el Gobierno nacional. Finalmente, aterriza en la Asamblea Nacional Constituyente, que ha sido identificada como la más pluralista y multicultural de la historia nacional, por encontrarse en ella representados sectores de la sociedad que jamás habían tenido cabida en las instancias de formación de una constitución, como los grupos guerrilleros recién desmovilizados o en proceso de desmovilización, los indígenas, los cristianos evangélicos y las mujeres. Este suceso hizo posible que en un país como Colombia, que tenía bloqueado el sistema de toma de decisiones, se gestara un proceso incluyente y democrático para la definición de las normas fundamentales nunca antes visto.

---

1 Tratándose de la Constitución de 1991, hay dos fechas para tener en cuenta: el 4 de julio de 1991, firma por parte de los constituyentes, y el 7 de julio de 1991, su publicación o promulgación en la Gaceta Constitucional número 114.

Este artículo de reflexión presenta algunos resultados de investigación desde una perspectiva histórica e interpretativa y adopta la metodología de análisis del discurso jurídico como técnica de estudio de las ciencias sociales. Para ello, se recurre a documentos legales, tales como normativa nacional, gacetas constitucionales de la Asamblea Nacional Constituyente y sentencias, además, a archivos institucionales, entrevistas realizadas durante el proyecto de investigación<sup>2</sup> y libros, capítulos de libro, artículos académicos y artículos de prensa relacionados con el proceso constituyente de 1991.

## 1. Primera ola de participación ciudadana: el movimiento estudiantil de 1989

Colombia es un país de paradojas. Por lo menos durante los últimos cien años se ha caracterizado por la convivencia entre la estabilidad institucional y *democrática*, pese a su precariedad,<sup>3</sup> y la violencia en sus diferentes manifestaciones

2 Uno de los productos de la investigación en la que la autora participó como coinvestigadora fue el libro *Voces de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*. En dicha publicación, el lector puede encontrar diferentes entrevistas realizadas a algunos protagonistas del proceso constituyente de 1991; entre ellos, integrantes del movimiento estudiantil de 1989 y de las mesas preparatorias y constituyentes y asesores de la Asamblea Nacional Constituyente (Restrepo, Bocanument y Rojas, 2014).

3 Explica el sociólogo francés y colombiano Daniel Pécaut (2003) que “puede parecer sorprendente hablar de precariedad institucional en un país que, aparentemente, ha conocido una gran estabilidad: un solo golpe de Estado militar, dos partidos por largo tiempo monopolísticos, un gusto permanente por lo jurídico a pesar de los numerosos arreglos con el Estado de Derecho, una estabilidad económica excepcional durante un período considerable, una élite política y económica invulnerable durante mucho tiempo, una ausencia de grandes transformaciones sociales. No obstante, todos estos factores han estado acompañados de una gran precariedad institucional” (p. 97). Según el autor, la precariedad institucional “se expresa, sobre todo y de manera más simple, en el hecho de que la autoridad del Estado, la aceptación de las reglas institucionales, la adhesión compartida a una misma simbólica de la unidad nacional se encuentran sometidas a numerosas eventualidades o brillan por su ausencia [...]”. Durante mucho tiempo no es el Estado el que garantiza un mínimo de cohesión nacional, sino las redes vinculadas con los dos partidos políticos [liberal y conservador]. En los campos o en las zonas de colonización, la comunicación con el poder se efectuaba a través de la medición de las clientelas partidistas”. El tema también es desarrollado en Pécaut (2001, 2012 y 2017) y Gutiérrez (2007, 2017). Francisco Gutiérrez, en el libro *¿Lo que el viento se llevó?*, examina las transformaciones de los partidos tradicionales colombianos y su relación con la democracia desde el Frente Nacional (1958) hasta el 2002, año en el que considera que se da el quiebre del bipartidismo. Esta reflexión es continuada por el autor hacia atrás en el libro *La destrucción de una República*, en el que presenta una historia interna de los partidos tradicionales durante la República Liberal (1930-1946), que fue también la antesala de la Violencia (1946-1958).

y transformaciones,<sup>4</sup> una gran debilidad de los movimientos sociales<sup>5</sup> y una marcada desigualdad social.

Los sucesos que a continuación se exponen tienen como marco general el escenario antes descrito, pero se originan en la crisis política y social que tuvo lugar al final de la década del ochenta y los inicios de la del noventa. En ese momento la democracia colombiana se configuraba como un régimen político excluyente, elitista y tímidamente representativo, en el que los ciudadanos – las clientelas, en palabras de García (2009)– eran vistos como sujetos pasivos del proceso político, cuyo papel se limitaba a acudir a las urnas en tiempos electorales. Dugas (1993a) identificaba dos elementos centrales de la crisis política: la falta de legitimidad del régimen político y la descomposición social.

En primer lugar, la crisis se manifestaba en la falta de credibilidad otorgada al régimen político existente por gran parte de la sociedad [lo que] reflejaba la falta de nexos que facilitarían la articulación de demandas de grandes sectores de la sociedad civil ante el Estado [...]. Además, se reflejaba en fenómenos como el creciente desinterés en los partidos, la apatía política, la alta abstención electoral, y la desconfianza en las políticas de los gobiernos de turno.

---

4 El país ha sido el escenario de un brutal conflicto armado interno que ha involucrado a guerrillas de diferentes ideologías y orígenes, a grupos paramilitares y a agentes del Estado, y ha sido transversalizado por el negocio del narcotráfico, lo que ha significado una tragedia humanitaria para la población civil. Para abordar el tema, Ronderos (2014, p. 25) recuerda la metáfora utilizada en los años cincuenta por el intelectual y político liberal Darío Echandía, quien definió la democracia colombiana como “un orangután en sacoleva”, en la medida en que la violencia no ocurre bajo una dictadura, sino simultáneamente con una democracia formal. Pécaut (2001, p. 10), a partir del análisis de la variación de las causas de la violencia en Colombia a lo largo de los años, sostiene “que al cabo de un cierto tiempo ya no tiene sentido referirse a un contexto inicial”, con excepción del auge de la economía de la droga, a la que atribuye “de manera permanente un papel primordial en el desarrollo de la violencia y en el debilitamiento de las instituciones”. El tema también es abordado por Gutiérrez (2014 y 2020). En su último trabajo, el autor, a raíz del incumplimiento del Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno nacional y las FARC-EP en 2016, se pregunta por *un nuevo ciclo de guerra en Colombia* y sentencia: “Si las cosas siguen así, será muy improbable que podamos evitar tal desenlace. Ese desenlace puede marcar con fuego las próximas dos, tres o cuatro generaciones de colombianos” (Gutiérrez, 2022, p. 11).

5 Frente a la debilidad histórica de los movimientos sociales, Uprimny (2001, p. 268) y García (2009, p. 29) plantean que una de las causas de este fenómeno puede encontrarse en la capacidad del bipartidismo para cooptar los movimientos populares, en la medida en que los partidos políticos liberal y conservador ejercían un control clientelista y patrimonial de la población.

En segundo lugar, la crisis se manifestaba a través de una descomposición social cada vez mayor. Tal descomposición se veía en la profusión de una violencia multifacética [:] la delincuencia común, la violencia guerrillera, la violencia del Estado, la violencia paramilitar y de las fuerzas de “autodefensa” y la violencia del narcotráfico. (Dugas, 1993a, pp. 17-18)

Es así como la crisis de la representación política, la creciente desinstitucionalización de los partidos políticos tradicionales, el fortalecimiento e incremento de la acción insurgente y contrainsurgente y la violencia política desencadenada por el narcotráfico prepararon el terreno para que los colombianos reclamaran un nuevo proyecto político más incluyente y participativo, o, en palabras de Múnera (1999), crearon un contexto favorable para que se empezara a hablar de la apertura del sistema político. Afirman Mejía y Jiménez (2005, p. 25) que “se empezó a consolidar en el imaginario político nacional la idea de la democracia participativa, como la única salida viable a la crisis del régimen político colombiano”.

En ese contexto histórico de monotonía sociopolítica y violencia multicausal se gesta el movimiento estudiantil, sin anticipar que sus valientes acciones lograrían la ruptura del ordenamiento constitucional que tenía como base la Constitución de 1886.

### 1.1. *La marcha del silencio*

El final de la década de los ochenta constituyó una ruptura en nuestra historia patria a raíz de la reacción espontánea de la comunidad estudiantil, principalmente de Bogotá, ante la ola de violencia que padecía Colombia y que venía afectando la humanidad de jueces y magistrados,<sup>6</sup> funcionarios,<sup>7</sup> líderes políticos, militantes de la Unión Patriótica (UP),<sup>8</sup> miembros de la fuerza

6 El presidente Virgilio Barco (1986-1990), en alocución televisada por la Cadena 1 de Inravisión a finales de 1989, decía que “los narcotraficantes han llevado a la tumba a más de doscientos jueces y funcionarios del Poder Judicial” (Buenahora, 1991, p. 14).

7 Entre ellos, el ministro de Justicia del gobierno Betancur, Rodrigo Lara, asesinado el 30 de abril de 1984 por un sicario a sueldo contratado por orden de Pablo Escobar (El asesinato de Rodrigo Lara Bonilla. Informe conjunto..., 1987).

8 La UP es un partido político colombiano de izquierda fundado en 1985 a raíz de los acuerdos de paz adelantados entre las FARC y el gobierno de Belisario Betancur, conocidos como los “Acuerdos de La Uribe” (Duzán, 2002, p. 128), formado “no solamente con miembros de las FARC sino que a sus filas llegaron un grueso número de clases medias urbanas que buscaban un partido de izquierda

pública, periodistas,<sup>9</sup> campesinos, entre muchas otras personas inocentes. Con el asesinato del candidato a la Presidencia de la República por el Partido Liberal, Luis Carlos Galán, esta espiral de violencia tocó una fibra sensible de los colombianos y el país entero entró en conmoción. El viernes 18 de agosto de 1989, por orden del narcotraficante Pablo Escobar,<sup>10</sup> un sicario le arrebató la vida mientras se disponía a iniciar su discurso en un mitin electoral en Soacha,

---

diferente para hacer política” (González, 2019, p. 33). Fue blanco de organizaciones armadas de derecha que desataron una política de exterminio en medio de una total impunidad. La UP tuvo que ver con impotencia los viles asesinatos de sus más importantes líderes políticos; entre ellos, los candidatos presidenciales Jaime Pardo Leal (11 de octubre de 1987) y Bernardo Jaramillo Ossa (22 de marzo de 1990), además de cientos de líderes regionales y locales y miles de partidarios de esa agrupación. Iván Cepeda señala que “existen algunos datos que permiten cuantificar la magnitud del genocidio. Según los líderes del grupo político, el saldo de los actos atroces perpetrados en su contra hasta hoy se aproxima a las 5.000 personas asesinadas, ‘desaparecidas’ y torturadas, entre quienes se cuentan dos candidatos a la presidencia, ocho congresistas, cientos de alcaldes y concejales, y miles de activistas locales. De ese mismo cuadro hacen parte detenciones masivas y arbitrarias contra los miembros sobrevivientes del movimiento, poblaciones desplazadas de sus zonas de influencia, decenas de atentados dinamiteros contra sus oficinas y familias enteras exiliadas” (Cepeda, 2006, p. 104). En julio de 2013 el Consejo de Estado le devolvió la personería jurídica a la Unión Patriótica (La Unión Patriótica vuelve a la arena política, 2013). El tema del exterminio de la UP es referido en Melo (2017), en el acápite “Guerrilla y paramilitarismo: 1978-2002”.

9 Un gran impacto causó en la sociedad el asesinato del director de *El Espectador*, Guillermo Cano, el 17 de diciembre de 1986, por sicarios contratados por el Cartel de Medellín.

10 Los años ochenta fueron la época del florecimiento del negocio del narcotráfico de los carteles. Esto desencadenó una nueva ola de violencia política, pero ya protagonizada por el narcotráfico; más concretamente, por el jefe del Cartel de Medellín, Pablo Escobar, quien había ejercido como político y representante a la Cámara –este último cargo ocupado en 1982– (López, 2010), y a esas alturas le había declarado la guerra al Estado (Salazar, 2001). Este tristemente célebre personaje ejerció un poder de corrupción tal sobre la sociedad y la institucionalidad colombiana que logró quebrar los estándares legales y morales. Posterior a su muerte, la Revista Semana (Fin de una tragedia que cambió al país, 1994) describió al capo con las siguientes palabras: “[era un] hombre que prácticamente no dejó gobernar a tres Presidentes seguidos. [Un] personaje que transformó el lenguaje, la cultura, la fisonomía y la economía de Medellín y del país. Antes de Pablo Escobar, los colombianos desconocían la palabra sicario. Antes de Pablo Escobar Medellín era considerada un paraíso. Antes de Pablo Escobar el mundo conocía a Colombia como la tierra del café. Y antes de Pablo Escobar nadie pensaba que en Colombia pudiera explotar una bomba en un supermercado o en un avión en vuelo. Por cuenta de Pablo Escobar hay hoy carros blindados en Colombia, y las necesidades de seguridad modificaron la arquitectura. Por cuenta de él, se cambió el tiempo de funcionamiento del sistema judicial, se replanteó la política penitenciaria y hasta el diseño de las prisiones, y se transformaron las Fuerzas Armadas. Todo ello fue necesario para enfrentarlo y derrotarlo. Pablo Escobar descubrió más que ningún antecesor que la muerte puede ser el mayor instrumento de poder”. Para comprender la magnitud de la problemática, se recomiendan los estudios de Daniel Pécaut acerca de las estrategias utilizadas por las mafias colombianas de la droga (2001, pp. 157-187) y el rol político de los narcotraficantes (2006, pp. 390-393).

Cundinamarca.<sup>11</sup> Este hecho, sin duda, rebozó la copa de los colombianos. La perplejidad, la rabia, la indignación, el desconcierto, la impotencia y la desesperanza fueron huéspedes en muchos hogares durante los días siguientes.

La muerte de Galán, quien había logrado posicionarse como el político que representaba la renovación de esa *clase* tan desprestigiada y repudiada, y era símbolo de la resistencia al “poder oscuro y criminal del narcotráfico”, como solía afirmar en sus discursos,<sup>12</sup> sacó a los estudiantes del letargo en que los mantenía el día a día de sus ocupaciones académicas y sociales. En la Universidad del Rosario, en Bogotá, estudiantes de diversas universidades públicas y privadas se dieron cita el 24 de agosto de 1989,<sup>13</sup> para reflexionar en torno a los hechos que venían enlutando al país. En dicho encuentro, los estudiantes organizaron mesas de discusión en relación con los temas más frágiles que afectaban la institucionalidad y legitimidad del Estado, y que estaban íntimamente relacionados con la violencia:

poder ejecutivo, poder legislativo, rama judicial, orden público y economía [...]. Así, por ejemplo, el problema del poder ejecutivo se concentraba en los abusos de las facultades del estado de sitio; el problema del poder legislativo era la corrupción en el Congreso, en especial [a raíz de] los traslados de dinero a [...] los congresistas (los auxilios parlamentarios); el de la rama judicial era su ineficiencia, y los problemas de orden público y de la economía se debían a las diversas formas de exclusión política y económica (Lemaitre, 2009, p. 85).

11 La reconstrucción de los hechos por parte de la Fiscalía puso en evidencia una telaraña de conexiones entre el Cartel de Medellín, las Autodefensas del Magdalena Medio y el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– (Laverde, 2013). Ese mismo día, en horas de la mañana, había sido asesinado por las manos criminales del Cartel de Medellín el comandante de la Policía de Antioquia, Valdemar Franklin Quintero (El asesinato del coronel Valdemar Franklin Quintero..., 2009).

12 Señala Jaime Buenahora (1991) que “durante la última década ningún hombre público había sintonizado tanto las aspiraciones de la gente colombiana como Luis Carlos Galán. Ese político ejemplar, cuya calidad humana y discurso espiritual reflejaban una autenticidad especial, había llegado a lo más profundo del alma colectiva. El país se identificaba con él. Las grandes mayorías sabían que era el presidente que Colombia necesitaba” (pp. 106-107).

13 Narra Julieta Lemaitre (2009, p. 84) que la reunión convocó a “estudiantes de las universidades Nacional y Distrital (las dos estatales), y de las universidades privadas Libre, Gran Colombia, Sabana, Javeriana, Andes, Externado, Sergio Arboleda, Jorge Tadeo Lozano y Central”. Este hecho también es relatado por Torres (2007, pp. 28-29).

En ese espacio de catarsis caló la propuesta de hacer una *marcha del silencio* en la tarde del día siguiente,<sup>14</sup> como evocación de la Marcha del Silencio realizada el 7 de febrero de 1948 por convocatoria del líder populista liberal Jorge Eliécer Gaitán, como reacción a la persecución y violencia política ejercidas en contra de los liberales por el gobierno conservador de Mariano Ospina.<sup>15</sup> Así, bajo la proclama “por todo lo que nos une y contra todo lo que nos separa”, esta vez como muestra de la indignación del país hacia los violentos, entre veinte mil y veinticinco mil estudiantes marcharon desde la plazoleta del Rosario y el Parque Nacional hasta el Cementerio Central de Bogotá, donde el 20 de agosto había sido sepultado el querido y carismático líder Luis Carlos Galán<sup>16</sup> (Buenahora, 1991; Quintero, 2002; Torres, 2007; Lemaitre, 2009; Carrillo, 2021).

Con ocasión del aniversario de la gesta estudiantil, la revista *Semana* (Los estudiantes de la séptima papeleta, 2010) recuerda los días previos a la Asamblea Nacional Constituyente: “Cientos de jóvenes estudiantes, indignados con los magnicidios políticos de la época, se lanzaron a las calles de Bogotá el 25 de agosto de 1989 para protestar. Esta movilización se llamó ‘la marcha del silencio’”. Y continúa: “La violencia del narcotráfico y el asesinato del candidato Luis Carlos Galán, por órdenes del capo Pablo Escobar, fueron algunos de los detonantes de la época para que los estudiantes y la sociedad entera pidieran una nueva carta política para Colombia”.

---

14 Marcha que ya venía planteándose para protestar por la muerte del magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Carlos Ernesto Valencia, el 16 de agosto de 1989, quien fue el ponente de las providencias que llamaron a juicio a Pablo Escobar y a tres de sus sicarios por el asesinato del director de *El Espectador*, Guillermo Cano, el 17 de diciembre de 1986; y a Gonzalo Rodríguez Gacha, por el asesinato del presidente de la UP, Jaime Pardo Leal, el 11 de octubre de 1987 (Cuerpo técnico revela detalles del asesinato del magistrado Valencia, 1990).

15 El tema puede profundizarse en Melo (2017, pp. 213-214), Pizarro (2017, p. 156) y González (2019, p. 32).

16 Una vez en el Cementerio Central, se leyó la siguiente declaración elaborada por algunos de los estudiantes presentes: “Por todo lo que nos une y contra todo lo que nos separa: 1.- Rechazamos cualquier tipo de violencia, cualquiera que sean sus ideologías o intereses que pretendan justificarla; 2.- Exigimos el respeto de los Derechos Humanos en Colombia; 3.- Apoyamos nuestras instituciones democráticas en su lucha contra todas aquellas fuerzas que pretenden desestabilizarlas, llámese narcotráfico, guerrilla, grupos paramilitares y otros; 4.- Rechazamos para estos fines, y en virtud de la autodeterminación de los pueblos, cualquier tipo de intervención armada por parte de Estados extranjeros; 5.- Solicitamos la convocatoria al pueblo para que se reformen aquellas instituciones que impiden se conjure la crisis actual; 6.- Exigimos la depuración exhaustiva de las Fuerzas Militares, de Policía, el Gobierno y los Partidos Políticos...” (Orjuela y Rodríguez, 1993, p. 29). Intimidaciones de la construcción del comunicado y las discrepancias surgidas en torno a él, en Contravía (2005).

Esta marcha fue el prelude del movimiento estudiantil más numeroso y persistente de la memoria reciente, cuya movilización “giró en torno principalmente a una sola idea o propuesta: el llamado a la reforma constitucional” (Lemaitre, 2009, pp. 80-81).

## 1.2. *El plebiscito para el plebiscito*

Luego de la marcha, los estudiantes decidieron seguir trabajando para consolidar sus propuestas. Un primer intento se hizo con la creación del Frente Unido Estudiantil de Colombia (FUEC), por parte de estudiantes de las universidades América, los Andes, Distrital, Externado, la Gran Colombia, Javeriana, Nacional, la Sabana, Pedagógica, Santo Tomás y Sergio Arboleda, según el acta de fundación firmada el 9 de septiembre de 1989 (Quintero, 2002; Lemaitre, 2009). Se esperaba que este órgano “representara los intereses estudiantiles y fuera el móvil para realizar las propuestas producidas [en] las mesas de trabajo en las distintas universidades para buscar alternativas a la crisis” (Quintero, 2002, p. 128).

Por su parte, muchos estudiantes fieles a la iniciativa de las mesas de trabajo continuaron la discusión iniciada el 24 de agosto en torno a la idea del cambio institucional que reclamaba el país y el rechazo a todas las formas de violencia. La mesa sobre reforma constitucional organizada por los estudiantes de la Universidad del Rosario, quienes estuvieron apoyados desde el principio por las directivas de la Facultad de Jurisprudencia (Carrillo, 2021), sobresalió entre muchas otras. Adicionalmente, se sumó al trabajo de los estudiantes el apoyo de dos profesores de derecho constitucional que vieron representado “su empeño de modernizar la vetusta constitución colombiana”, Fernando Carrillo y Manuel José Cepeda, conocidos entonces como los “yuppies constituyentes”<sup>17</sup> (Los yuppies constituyentes, 1990).

Como la Constitución de 1886 impedía su propia reforma por cualquier órgano diferente al Congreso, cuenta Lemaitre (2009, p. 91) que “de las mesas de discusión del Rosario salió a mediados de octubre la propuesta concreta de volver a traer al ruedo la idea de hacer un plebiscito para reformar la Constitución,

17 En ese momento, Fernando Carrillo era profesor de Derecho Constitucional en las universidades del Rosario y Javeriana, y Manuel José Cepeda era profesor de la misma área en la Universidad de los Andes, además de asesor presidencial para asuntos constitucionales desde agosto de 1988. Ambos habían acabado de llegar al país después de cursar maestrías en derecho en la Universidad de Harvard. Ver Lemaitre (2009, pp. 92-93) y Carrillo (2021, pp. 51-52).



esta vez llamado ‘el plebiscito para el plebiscito’<sup>18</sup>. Así las cosas, la estrategia era retomar la proposición (fallida) de convocar a un plebiscito para derogar el artículo 13 del Plebiscito de 1957, surgida en el gobierno de Barco en 1988,<sup>19</sup> por medio de la recolección de firmas ciudadanas como sustento de la campaña estudiantil denominada El plebiscito para el plebiscito.

El 22 de octubre de 1989, el periódico *El Tiempo*, bajo el titular “Todavía podemos salvar a Colombia”, publicó la iniciativa de los estudiantes de las Universidades del Rosario, los Andes, Javeriana, Externado, Jorge Tadeo Lozano, la Gran Colombia, el Bosque, Sergio Arboleda, la Sabana, la Salle, Nacional y el Centro de Estudios Superiores de Administración (CESA), que estuvo acompañada de un editorial de total respaldo a la propuesta (Quintero, 2002). El aviso de prensa expresaba:

CIUDADANO COLOMBIANO  
TODAVÍA PODEMOS SALVAR A COLOMBIA

Si usted quiere participar en la solución de los problemas nacionales, firme con su nombre y número de cédula esta propuesta y envíela al Apartado No. 022678 de Bogotá. Su respuesta será remitida al señor presidente de la República, como apoyo a esta iniciativa.

EL MOVIMIENTO ESTUDIANTIL QUE PROMOVIO LA MARCHA  
DEL SILENCIO, REALIZADA EN BOGOTÁ EL 25 DE AGOSTO  
DE 1989

18 El artículo 13 del Plebiscito de 1957 disponía que “en adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el Artículo 218 de la Constitución”. Por su parte, el artículo 218 de la Constitución Política de 1886 señalaba: “La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, sólo podrá ser reformada por un Acto Legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el Gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el Gobierno no publicare oportunamente el proyecto de Acto Legislativo, lo hará el Presidente del Congreso”. Los referidos textos constitucionales pueden consultarse en Restrepo (2009).

19 Explica César Torres (2007) que “el presidente Barco propuso el 30 de enero de 1988, en carta dirigida a El Espectador, la convocatoria de un plebiscito para derogar el artículo 13 del plebiscito de 1957. Esta propuesta, que fue bien recibida en todos los sectores de opinión, salvo por algunos dirigentes políticos [entre ellos, los expresidentes Carlos Lleras, Alfonso López y Misael Pastrana] contemplaba realizar el plebiscito el trece de marzo del mismo año, junto con la elección de concejales, diputados y la primera de alcaldes” (p. 24).

Frente a la crisis generalizada que atraviesa la Nación, y ante la incompetencia de la clase política para dar respuesta a los graves problemas del país, se hace necesario que la ciudadanía asuma su responsabilidad en la búsqueda de las soluciones que las circunstancias exigen.

Los abajo firmantes, convocados por la juventud colombiana, ajenos a cualquier propósito partidista, burocrático o sectario, sin intereses económicos particulares, y motivados únicamente por la búsqueda del bien común, por una futura Colombia gobernada por la moral, la justicia integral sobre la base de los principios democráticos y el respeto a la dignidad humana, en un medio de progreso, paz y autodeterminación, solicitamos a Usted, señor Presidente, disponga de los instrumentos necesarios para la convocatoria de un PLEBISCITO con el fin de que la nación se manifieste sobre los siguientes puntos:

1. Adopción de los sistemas de PLEBISCITO y REFERÉNDUM como mecanismos de reforma de la Constitución.
  2. Eliminación de los auxilios parlamentarios.
  3. La convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente para que estudie y se pronuncie sobre las siguientes reformas a la Constitución:
    - a) Reforma del Congreso,
    - b) Reforma del régimen de derechos civiles, derechos humanos y garantías sociales,
    - c) Reforma de la administración de justicia,
    - d) Reglamentación de los estados de excepción (Estado de sitio y Emergencia económica),
    - e) Reforma de los mecanismos de planificación de la economía,
    - f) Ampliación de los mecanismos de la descentralización administrativa.
- [...]

SI USTED ESTÁ DE ACUERDO CON LO ANTERIOR, FIRME Y ANOTE SU NÚMERO DE CÉDULA EN LOS SIGUIENTES ESPACIOS. (Todavía podemos salvar a Colombia, 1989, como se citó en Torres, 2007, pp. 41-42)

Los estudiantes, principalmente del Rosario y la Javeriana, iniciaron la promoción de la propuesta de universidad en universidad, recogieron firmas en la calle y buscaron el apoyo, esquivo, de personajes políticos y de medios de comunicación (Lemaitre, 2009). Sin embargo, se toparon de frente con una

sociedad apabullada por la violencia desatada por el Cartel de Medellín y sus asociados, que para la época se había recrudecido, además, con el desinterés de los políticos y los medios que en ese momento estaban concentrados en la reforma constitucional, propuesta por el gobierno de Barco, que cursaba en el Congreso.

Pese a los intentos frustrados de reforma constitucional, el presidente Barco decidió a seguir con su propósito de transformación institucional, había recurrido al Congreso (Carrillo, 2021). Al respecto, narra Lemaitre:

El gobierno había presentado un proyecto de reforma constitucional que hacía curso ante el Congreso: el paquete no sólo tenía reformas en muchos de los temas señalados por los estudiantes, sino que además tenía reformas que eran parte de la negociación de paz con el M-19, como la creación de una circunscripción de paz que le permitía a la guerrilla ingresar al Congreso. La propuesta, además, incluía la celebración de un plebiscito para el 21 de enero de 1990 en el cual se ratificarían las reformas mediante el voto popular, derogando la disposición constitucional que impedía la reforma constitucional vía plebiscitos [...].

El 30 de noviembre, durante la discusión de la reforma en la Cámara de Representantes, 22 congresistas, en contra de las indicaciones de sus partidos, pidieron incluir en el plebiscito de enero la prohibición de la extradición. A principios de diciembre, en medio de una escalada terrorista de los narcotraficantes, la Cámara aprobó a pupitrazo la propuesta de incluir la no extradición en el plebiscito de enero. (Lemaitre, 2009, pp. 98-99)

La iniciativa descrita generó el rechazo inmediato del Gobierno. Luego de que el ministro Carlos Lemos manifestara ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes que “[estaban] invitando al pueblo colombiano no a unas elecciones sino a una carnicería” (Herida de muerte, 1989), el 15 de diciembre de 1989 el Gobierno retiró su proyecto de reforma constitucional.<sup>20</sup> Así, nuevamente el empeño para reformar la Constitución de Núñez y Caro se frustró.

Con la llegada del fin del semestre y el inicio de las vacaciones, los estudiantes comenzaron a dispersarse y las reuniones, que inicialmente contaron con un buen número de participantes, cada vez se vieron más diezmadas. En palabras

<sup>20</sup> El hundimiento de la reforma de Barco es analizado en Buenahora (1991, pp. 122-126), Carrillo (2021, pp. 49-50) y Pizarro (2017, pp. 159-160).

de Quintero (2002, p. 128), el Frente “en noviembre de 1989 comenzó a desintegrarse y fracasó rotundamente”. Sin embargo, el grupo estudiantil que recibió el mote de “Todavía podemos salvar a Colombia”,<sup>21</sup> a raíz del aviso en la prensa, continuó en la tarea de recolectar firmas, pese a que no contaba con el personal suficiente ni con los recursos necesarios.

### 1.3. *El cambio de estrategia: la séptima papeleta*

A pesar del anterior fracaso, los estudiantes y el profesor Fernando Carrillo, quien ya había alcanzado protagonismo en el proceso, perseveraron en la búsqueda de una opción para lograr la reforma constitucional. Lemaitre (2009, p. 100) cuenta la historia:

Por esa época Fernando Carrillo propuso a la decana de jurisprudencia del Rosario, Marcela Monroy, una solución: convocar al pueblo a introducir en la urna de votación de marzo una papeleta adicional que llamara a Asamblea Nacional Constituyente. Ella estuvo de acuerdo, como lo estuvieron los estudiantes que decidieron entonces cambiar su estrategia de recoger firmas para el plebiscito por la de conseguir votos para la papeleta adicional (Torres, 2008, pp. 50-51). La propuesta generó entusiasmo y se formó un grupo entre los estudiantes del Rosario que venían con lo del plebiscito por el plebiscito, el profesor Carrillo, la decana Monroy, el vicedecano Camilo Ospina y algunos de la Javeriana que habían trabajado con Carrillo. Este grupo empezó una intensa campaña de estudio, consultas y visitas a personajes públicos y medios de comunicación buscando apoyo para la viabilidad jurídica de la nueva idea. (Torres, 2008, pp. 51-54)<sup>22</sup>

21 Etiqueta que de ahí en adelante identificó a los estudiantes que lideraron la marcha del silencio y la campaña del plebiscito para el plebiscito (Quintero, 2002, p. 129; Carrillo, 2021, p. 48).

22 Ver la historia relatada por uno de sus protagonistas en Carrillo (2021, pp. 52-56). Explica el autor que en el diseño y puesta en marcha de la estrategia de la séptima papeleta confluyeron representantes del sector académico, del Gobierno nacional y de los medios de comunicación. Narra: “En ese y otros encuentros que sostendría con Manuel José [Cepeda] en los días posteriores, delineamos la idea de incluir un voto adicional en las elecciones regionales del 11 de marzo de 1990, en el que se le preguntara a la ciudadanía si aceptaba la realización de una Asamblea Constituyente. Manuel José habría de ser fundamental porque tenía línea directa con el presidente Barco y dedicó mucho tiempo a refinar la sustancia jurídica de la idea de reformar lo existente. A ese empeño sumamos a Rafael Pardo Rueda, consejero presidencial para la paz en ese momento, quien fue igualmente entusiasta al vislumbrarlo como un escenario esencial para materializar el proceso de paz con el M-19 y otros grupos armados.

A partir de ese momento, el activismo estudiantil cobró un nuevo aire y atrajo a más estudiantes que se congregaron en torno a una meta concreta: sacar adelante la propuesta del “voto por Colombia”, como originalmente se denominó, o la “séptima papeleta”, como apareció nombrada en la prensa. La idea era que en el proceso electoral del 11 de marzo de 1990, en el que se elegirían representantes al Senado, a la Cámara de Representantes, a las asambleas departamentales, a los concejos municipales y a las alcaldías, y se haría la consulta del Partido Liberal, se incluyera una séptima papeleta por medio de la cual los ciudadanos pudieran expresarse a favor de una Asamblea Nacional Constituyente.<sup>23</sup> Iniciaba, entonces, una ardua labor de cabildeo en los medios de comunicación, el Gobierno nacional y las élites políticas, y un trabajo de difusión con las organizaciones sociales, las universidades, los colegios nocturnos y los ciudadanos de a pie. La movilización estudiantil se extendió a las principales ciudades del país; entre ellas, Medellín, Cali, Barranquilla, Bucaramanga y Cúcuta.

Si bien el primer intento de los estudiantes por recoger firmas ciudadanas para el plebiscito no alcanzó los resultados esperados, la colecta continuó, pero ya para la nueva estrategia, la séptima papeleta. Así fue como consiguieron 35 000 firmas de apoyo a la iniciativa (Buenahora, 1991, p. 127; Carrillo, 2021, p. 56), sumando las que habían recogido en el semestre anterior, que fueron entregadas al presidente Barco el 8 de febrero de 1990, gracias a una cita gestionada por

---

Con el concepto un poco más claro sobre lo que debía ser la séptima papeleta, el 24 de enero de 1990 fui al aula Cristóbal de Araque en la Universidad del Rosario y expuse la teoría jurídica alrededor del voto adicional en las elecciones de marzo y la posibilidad real de que se pudiera consultar la opinión de los colombianos para modificar la Constitución. En ese recinto universitario, por primera vez, hablé de la séptima papeleta.

A esta cadena de acontecimientos se sumó con gran entusiasmo y a buena hora la decana de derecho del Rosario, Marcela Monroy [...].

En efecto, tras una corta reunión de media hora, a la decana Monroy le pareció tan bueno el planteamiento que sin dudarlo un momento me dijo [...]: Camina para *El Tiempo* y hablas con Roberto Posada. Él era su esposo y su columna de opinión, firmada con el seudónimo de D'Artagnan, era una de las más leídas e influyentes del país” (Carrillo, 2021, pp. 52-53). Ver “Vote por Colombia” (1990).

<sup>23</sup> Para esa época aún no existía el tarjetón electoral que hoy se conoce. Los ciudadanos votaban mediante papeletas que los propios candidatos se encargaban de distribuir entre sus potenciales electores. Sin embargo, precisa Carrillo (2021, p. 62) que “el 11 de marzo era la última vez que se votaba en Colombia con papeleta porque después del 27 de mayo, el día de la elección presidencial, la Registraduría estrenaría el tarjetón electoral que rige hasta nuestros días”.

Manuel José Cepeda (Lemaitre, 2009). La idea se abría camino en esta alta esfera de poder.

El apoyo de la prensa escrita fue muy importante para la difusión de la información. Los periódicos liberales *El Tiempo* (Por ahí puede ser la cosa, 1990, 21 de febrero) y *El Espectador* (La séptima opción, 1990) escribieron sendos editoriales en favor de la séptima papeleta e invitando a los ciudadanos a tomar en serio a los estudiantes. *El Tiempo*, por ejemplo, publicó:

La fórmula de la séptima papeleta se presenta con una inmensa ventaja sobre las demás propuestas que se han hecho sobre el tema de la Constituyente: es la única que hace viable el deseo de cambio sin violar la Constitución Nacional. No es incompatible con la fórmula que sugirió recientemente el doctor Lleras Restrepo. El expresidente señalaba en un escrito que siempre ha sido la movilización popular el hecho político que ha precedido las reformas y no a la inversa. Pues bien: una manifestación popular de este tipo es precisamente lo que daría piso a la convocatoria de una Constituyente. Sería, por así decirlo, un legítimo golpe de opinión, por la sencilla razón de que el derecho a votar es legítimo. Lo contrario, la expedición de un decreto por parte del Gobierno para convocar al constituyente primario, se asemejaría más a un golpe de Estado.

Nos gusta, que esta iniciativa provenga de la juventud. Tendría la virtud adicional de ser un plebiscito por la vía positiva en contraste con tantos otros que se han propuesto (sin encontrar mucha acogida) por actitudes negativas tales como la abstención, el voto en blanco, etc. Existen aparentemente ciertas dudas sobre la viabilidad jurídica de añadir una papeleta más en la urna sin que anule el voto. Sería muy conveniente que el señor Registrador del Estado Civil se pronunciara oficial y públicamente sobre el particular.

En caso de encontrar luz verde, les ofrecemos a los gestores de la idea nuestro decidido apoyo. E invitamos a todos aquellos que se han manifestado de una u otra manera a favor de una Asamblea Constituyente, para que le den su concurso. Existen por supuesto problemas logísticos que pueden dificultar el acto físico de depositar una séptima papeleta. Para ello se requiere una sofisticada infraestructura y mucho dinero. Podría entonces complementarse esta iniciativa con lo que había propuesto el doctor Jaime Castro en el sentido de que los precandidatos interesados en la Constituyente se sumen al movimiento y declaren oficialmente que el voto por ellos es también un voto por la Constituyente.

Bien podría asemejarse este procedimiento a lo sucedido en España en 1932, cuando, a través de un mecanismo parecido, la Monarquía se vio obligada a darle paso a la República. En esta ocasión no sería una monarquía sino la tiranía de ciertas castas políticas obsoletas y corrompidas, las que se verían obligadas a darle paso a una juventud pujante y reformista, con la mayoría del país detrás, que tiene la convicción que “todavía podemos salvar a Colombia”. (Por ahí puede ser la cosa, 1990)

Poco a poco fue cristalizándose el apoyo de los precandidatos liberales, de los candidatos presidenciales del Partido Social Conservador, Rodrigo Lloreda, de la Unión Patriótica, Bernardo Jaramillo,<sup>24</sup> del Movimiento de Salvación Nacional, Álvaro Gómez, y de la Alianza Democrática M-19, Carlos Pizarro;<sup>25</sup> de los expresidentes liberales Carlos Lleras (1966-1970), Alfonso López (1974-1978), Julio César Turbay (1978-1982) y el conservador Misael Pastrana (1970-1974). También el registrador, Jaime Serrano, se mostró favorable a la propuesta.<sup>26</sup> Y así, rápidamente, fueron sumándose políticos de diferentes ideologías, los gremios de industriales y agricultores, los sindicatos, hasta grupos de la izquierda radical como las FARC<sup>27</sup> y, claro, el grueso de los colombianos ilusionados con la posibilidad de un nuevo *contrato social* por la vida y la paz.

A inicios del mes de marzo, en una asamblea realizada por los estudiantes en la Universidad Externado con el objetivo de redactar un comunicado para las elecciones que se aproximaban, se hicieron evidentes las tensiones, que ya venían de tiempo atrás, entre el grupo Todavía podemos salvar a Colombia –formado por el núcleo inicial de estudiantes del Rosario y la Javeriana, y

24 Bernardo Jaramillo asumió la presidencia de la Unión Patriótica después del asesinato de Jaime Pardo el 11 de octubre de 1987. En calidad de candidato presidencial por dicho partido, fue asesinado el 22 de marzo de 1990.

25 Carlos Pizarro fue asesinado el 26 de abril de 1990, cuando era candidato presidencial por la Alianza Democrática M-19.

26 Relata Quintero (2002, p. 130) que “el 23 de febrero de 1990 los estudiantes escribieron una carta al Registrador Nacional, Jaime Serrano Rueda, para que se pronunciara en torno a la legalidad de la séptima papeleta. El 27 de febrero el Registrador envió una respuesta al grupo de estudiantes en donde expresaba no haber ninguna causal para que el ‘voto por Colombia’ anulara los demás votos. Sin embargo, la Registraduría tampoco estaba obligada a escuchar el voto, pues este carecía de una ley que así lo contemplara. Así las cosas, la labor estudiantil previa al 11 de marzo dirigió su organización para garantizar el escrutinio de la papeleta”. El asunto también es narrado en Carrillo (2021, p. 62).

27 La historia, en Orjuela y Rodríguez (1993, pp. 198-199).

algunos de universidades conservadoras– (Lemaitre, 2009) y otros estudiantes de universidades públicas y privadas más liberales, opositores a la reunión, pues veían con recelo el lobby que sus compañeros le hacían a la clase dirigente de la que ellos tanto desconfiaban, a los funcionarios del Gobierno y a los políticos tradicionales. Este segundo grupo, del que hacían parte estudiantes de las universidades públicas Nacional, Distrital y Pedagógica, de las universidades privadas y seculares los Andes y Externado, y de otras como las universidades Libre, Central, EAN y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), conformó posteriormente el Movimiento Estudiantil por la Constituyente (MEC), y “[a] diferencia de Todavía [...], era mucho más grande, con presencia nacional, y se concentró en organizarse como un movimiento nacional, y en hacer presencia masiva en marchas y movilizaciones” (Lemaitre, p. 104).<sup>28</sup>

Finalmente, de esa reunión salieron dos comunicados: el primero, fruto del consenso de la mayoría de los estudiantes, y el segundo, suscrito por los estudiantes de derecho de la Universidad Nacional.<sup>29</sup> Este suceso fue tan solo el germen de una división mucho mayor que se materializaría después de las elecciones del 11 de marzo de 1990.

Pese a estas claras diferencias, el MEC apoyó el proyecto de la Asamblea Nacional Constituyente, y todos los estudiantes, arropados por un ideal común, el de sacar adelante la séptima papeleta, trabajaron juntos y siguieron orientando a los ciudadanos acerca del proceso, a través de los medios o directamente en la calle, y entregando las papeletas, pues cada uno era responsable de llevarla a las urnas. Ahí estaba la clave del asunto: hacer llegar una séptima papeleta a los potenciales electores para que la depositaran en las urnas y poder alcanzar una votación significativa de por lo menos un millón de votos (Lemaitre, 2009).

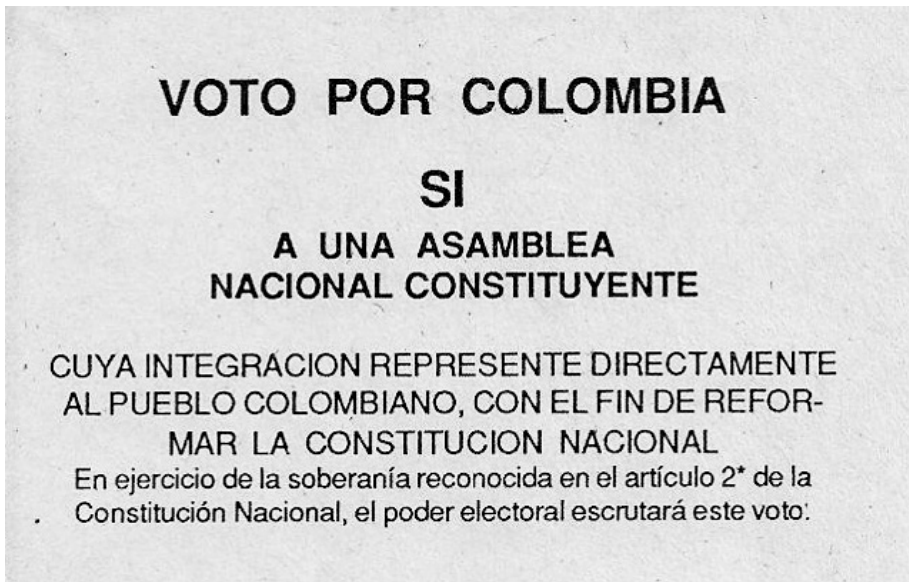
28 Explica Quintero (2002, p. 131) que “las diferencias entre estos dos grupos, además de su composición, tenían que ver más con asuntos de forma que de contenido. La primer diferencia se refería a los mecanismos de acción. Para los de TPSC era claro el énfasis en las relaciones estratégicas con sectores influyentes de la sociedad, fueran estos jefes políticos, medios de comunicación o empresarios. Para los del MEC su énfasis se orientaba más hacia la consolidación de una movilización estudiantil con presencia nacional, por lo que desarrollaban asambleas y foros en las universidades, cárceles, escuelas, Juntas de Acción Comunal, etc.”

29 El comunicado, citado en Lemaitre (2009, p. 105), señalaba: “Pensamos, que a pesar de lo que muy honestamente han planteado los compañeros que gestaron esta propuesta en el sentido de crear alternativas diferentes a la de los sectores políticos tradicionales, la Asamblea Nacional Constituyente tal como se ha convocado no puede ser más que un mecanismo para buscar nuevos medios de legitimación y legalidad precisamente por parte de esa clase política”.



Por ello, los días transcurrieron con el afán de conseguir fondos y apoyo para estampar y distribuir la séptima papeleta.

Los estudiantes lograron que algunos candidatos imprimieran la papeleta junto con la propia, que otros candidatos liberales para el Congreso, como Diego Pardo y Fernando Botero, financiaran la impresión de más papeletas y que los principales periódicos de circulación en el país, como *El Tiempo*, *El Espectador* y *El Siglo*, y algunos regionales como *El Colombiano* de Medellín, *El País* de Cali, *El Heraldo* de Barranquilla y *Vanguardia Liberal* de Bucaramanga, publicaran la séptima papeleta para que cada persona la recortara y la llevara a la mesa de votación (Lemaitre, 2009). Esta era la papeleta en cuestión (La séptima papeleta, 2011):



El domingo 11 de marzo, los estudiantes de todo el país salieron a las calles a repartir más papeletas, muchas de las cuales fueron elaboradas a mano. En Bogotá, organizaron una suerte de centro logístico con operación desde la Universidad del Rosario y una bodega de la zona industrial de los Álamos, donde llegaban los reportes del escrutinio de las diferentes mesas en que se encontraban ubicados representantes del movimiento (Lemaitre, 2009). Narra Quintero que

en la noche los estudiantes dieron a conocer un comunicado en el cual expresaron que para un total del 45% de las mesas escrutadas había unas 416.000 séptimas papeletas. El 13 de marzo emitieron otro comunicado aludiendo [a] un total aproximado de dos millones de séptimas papeletas.<sup>30</sup> (2002, p. 130)

Pese a todo el apoyo popular a la séptima papeleta, nunca se supo cuántos votos fueron realmente porque la Registraduría, como ya lo había anunciado su representante, nunca los contó, pues no tenía facultad legal para hacerlo. No obstante, a esas alturas del proceso ya había una cosa clara: la sociedad colombiana quería la Asamblea Nacional Constituyente.<sup>31</sup>

La lucha de los estudiantes, hastiados de la clase política tradicional, de la corrupción y de la violencia que enlutaba a diario los hogares de los colombianos, dio las herramientas al presidente Virgilio Barco para el desbloqueo y la modernización del sistema institucional, la apertura de la democracia, la renovación de la política y la construcción de un nuevo tratado de paz. Al menos, estos ideales estaban en el imaginario de quienes habían depositado en las urnas la séptima papeleta el 11 de marzo.

Lo que vino a continuación fue la expedición del Decreto 927 del 3 de mayo de 1990, al amparo del estado de sitio, que ordenó a la organización electoral adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se produjeran en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una “Asamblea Constitucional”. En la motivación de dicha norma se lee:

64

Que el 11 de marzo de 1990 un número considerable de ciudadanos, por iniciativa propia, ante la inminente necesidad de permitir el fortalecimiento institucional en ejercicio de la función constitucional del sufragio y de su autonomía soberana, manifestaron su voluntad para que la Constitución Política fuera reformada prontamente por una **Asamblea Constitucional** y que dicha convocatoria ha sido recogida y reiterada por las diversas fuerzas políticas y sociales. [La negrilla es mía]

30 El dato lo confirma Oscar Ortiz en la entrevista realizada por Contravía (2005).

31 La séptima papeleta, en palabras de Armando Novoa (2013), quien se desempeñó como asesor de la Asamblea Nacional Constituyente y coordinador de los asesores de la Alianza Democrática M-19, fue una de las causas eficientes del proceso constituyente. La entrevista completa puede leerse en Restrepo, Bocanument y Rojas (2014, pp. 290-311).

El movimiento estudiantil logró la trascendencia alcanzada en la historia nacional gracias a los ecos que tuvo en los principales medios de comunicación, en el Gobierno nacional y en una nueva generación de líderes políticos que realmente quería cambiar el país; es decir, en “sectores de la sociedad capaces de movilizar recursos en torno a la formación de un hecho político con forma de golpe de opinión” (Quintero, 2002, p. 126). Además, por las simpatías que despertó en la izquierda democrática, e incluso la más radical, debido a su propuesta de apertura del régimen político a las minorías políticas.

El movimiento estudiantil de 1989, el más incluyente y representativo que ha conocido nuestra historia reciente, pese a las divisiones internas, fue fugaz pero contundente. Si bien su decadencia empieza luego de las elecciones del 11 de marzo de 1990, los estudiantes persisten en la movilización por la Asamblea Constituyente. El 13 de marzo, el grupo *Todavía podemos salvar a Colombia* se ve afectado por el nombramiento de Carrillo como asesor de la campaña presidencial de César Gaviria (Lemaitre, 2009).<sup>32</sup> El 16 de marzo, el MEC publica un comunicado en *El Espectador* en el que convoca a un congreso para el mes de mayo. El 4 y 5 de mayo se realiza el primer Congreso Nacional Estudiantil por la Constituyente en la Universidad de La Salle, con el principal objetivo de discutir el Decreto 927 expedido por el presidente Barco, pues causó suspcia el hecho de que la norma utilizara el término de *asamblea constitucional* en lugar de *asamblea constituyente*. Según Quintero (2002, p. 132), “para la mayoría de los estudiantes, exceptuando los de ‘*Todavía podemos salvar a Colombia*’, el decreto no reflejaba los anhelos del país y convertía a la Asamblea en un ‘cheque en blanco’ para la clase política”. Las conclusiones de dicho encuentro fueron las siguientes:

- i) la convocatoria de la Asamblea la debería hacer el presidente electo y no el Congreso; ii) en relación con el decreto, los estudiantes sólo aceptaban el término Asamblea Constitucional como Asamblea Constituyente; iii) el objetivo de la Asamblea era llegar a la democracia participativa; iv) la Constituyente era autónoma, democrática y popular; v) el plebiscito del 27 de mayo derogaba el artículo 218 de la Constitución. (Quintero, 2002, p. 132)

<sup>32</sup> Los sucesos los narra Carrillo (2021, pp. 72-74).

El electo presidente de la República, César Gaviria, quien asumió el liderazgo del proceso de reforma constitucional, y de paso le quitó al movimiento estudiantil el protagonismo que hasta el momento había tenido, en ejercicio de las atribuciones que le confería el estado de sitio, expidió el Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990, que facultaba a la organización electoral para adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se produjeran el 9 de diciembre de 1990, en torno a la posibilidad de los ciudadanos de convocar e integrar una asamblea constitucional. El decreto fijaba una serie de materias que demarcaba el campo de acción de la Asamblea: Congreso, justicia y Ministerio Público, administración pública, derechos humanos, partidos políticos y oposición, régimen departamental y municipal, mecanismos de participación, estado de sitio, temas económicos y control fiscal. En dicha norma definió el contenido de la papeleta en el siguiente sentido:

**ARTÍCULO 2º.** La papeleta que contabilizará la Organización Electoral deberá contener un voto afirmativo o un voto negativo.

El texto que deberá contener el voto afirmativo es el siguiente:

“Sí convoco una **Asamblea Constitucional** que sesionará entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991, la cual estará regulada por lo establecido en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990. Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho acuerdo. Voto por la siguiente lista de candidatos para integrar la Asamblea Constitucional [...]”.

El texto que deberá contener el voto negativo es el siguiente:

“No convoco para el 5 de febrero de 1991 una **Asamblea Constitucional** regulada por lo establecido en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990”. [La negrilla es mía]

En ese contexto, los estudiantes realizaron un segundo Congreso Nacional Estudiantil por la Constituyente en la Universidad de Medellín, los días 14 y 15 de septiembre. Los temas tratados fueron el Decreto 1926 de 1990 y la participación de los estudiantes en la contienda electoral en la que se elegiría a los constituyentes, buscando la representación de su sector. Señala Quintero (2002, p. 133) que “este encuentro ha sido recordado por los protagonistas de los hechos como el principio del fin de la movilización estudiantil”.

La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990,<sup>33</sup> dio vía libre a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, que se encargaría de dictar la Constitución Política de 1991,<sup>34</sup> al declarar constitucional el Decreto 1926 de 1991.<sup>35</sup> Sin embargo, declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de dicha normativa que le habían puesto límites al temario de discusión de la Asamblea y que habían sido percibidas por un sector de la sociedad como un intento de manipulación del organismo por parte del Gobierno nacional. Esta decisión generó un ambiente mucho más favorable para la deliberación acerca del proyecto de vida colectivo que nos regiría en el futuro.

No cabe duda de que el movimiento estudiantil de 1989 quedará grabado en la memoria histórica del proceso constituyente de 1991, al tomar las banderas de la resistencia pacífica en un país petrificado por la violencia terrorista y bloqueado por las instituciones. La paradoja es que no tuvo una buena representación en la Asamblea Nacional Constituyente. Veintiocho listas, de las ciento diecinueve inscritas válidamente para dicha elección, eran del movimiento estudiantil.<sup>36</sup> Sin embargo, solo llegaron dos personas identificadas con dicho colectivo. Fernando Carrillo, cabeza de lista del Movimiento Unido Estudiantil<sup>37</sup> y promotor de la séptima papeleta, y Fabio Villa, quien cursaba Sociología en la Universidad Nacional de Bogotá y que, si bien formaba parte del movimiento, se postuló por la lista de la Alianza Democrática M-19.<sup>38</sup> A raíz de estos resultados, se

33 Expediente No. 2214 (351-E), con ponencia de los magistrados Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

34 El tema puede profundizarse en Cajas (2015).

35 En un apartado de la sentencia se lee: “tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 1° de diciembre de 1957 si no tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevará necesariamente a la anhelada paz, no puede la Corte cerrar esa posibilidad”. El fallo puede consultarse en <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30014406>

36 El listado en Buenahora (1991, p. 339).

37 La historia de la conformación de la lista es narrada en Carrillo (2021, pp. 99-102). Según Novoa (2013), “una lista que estaba muy próxima a las ideas que tenía el Gobierno sobre lo que debería ocurrir en la Asamblea” (Restrepo, Bocanument y Rojas, 2014, p. 291). Afirmación que también aparece en Dugas (1993b, p. 48).

38 Intimidaciones del movimiento estudiantil pueden encontrarse en la serie periodística de televisión *Contravía*, dirigida por Hollman Morris y realizada el 4 de julio de 2005, contadas por sus propios protagonistas: Oscar Ortiz, Catalina Botero, Darío Dangond, Oscar Guardiola, Fabio Villa, Claudia López y Omar Valencia (Contravía, 2005).

cuestiona que el movimiento estudiantil no haya logrado constituirse en una causa de socialización política colectiva (Quintero, 2002). Al respecto, Armando Novoa, quien fue asesor de la Asamblea Nacional Constituyente, afirma que

uno de los temas sobre los cuales vale la pena reflexionar es el porqué ese movimiento estudiantil [no tuvo] una presencia más protagónica al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, porque después de elegido el Presidente de la República de ese momento, el péndulo de las decisiones pasó a los partidos políticos y a la propia Corte Suprema de Justicia y, en ese sentido, la democracia participativa tuvo un momento de inflexión, en el sentido de que, una vez elegido el Presidente y convocado por este un acuerdo nacional, las decisiones sobre la integración de la Asamblea, sobre su composición, sobre su temario, estuvieron en manos de los partidos políticos. De este modo, este movimiento social que había tenido tanta fuerza perdió centralidad.<sup>39</sup> (Novoa, 2013)<sup>40</sup>

Algo importante es que el movimiento estudiantil dejó unos temas de agenda para la formación de ese “acuerdo sobre lo fundamental”, según la idea de Álvaro Gómez: la modernización del Estado, la apertura del sistema político, la depuración del Congreso, la eliminación de los auxilios parlamentarios, la eliminación del estado de sitio, la limitación de los poderes de los militares, la efectividad<sup>41</sup> de la administración de justicia, el respeto de los derechos humanos, el paradigma de la democracia participativa y la consagración de un régimen económico más incluyente.

68

## **2. Segunda ola de participación ciudadana: las mesas de trabajo y las comisiones preparatorias. El gran debate nacional**

Después de la votación en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990, en donde el Registrador contabilizó 5 236 863 votos a favor de la convocatoria a una Asamblea Constitucional, lo que equivalía al 86,6 % de los sufragantes (Dugas, 1993a), el elegido presidente de la República, César Gaviria, representante del

39 Aclara que, si bien algunos de los miembros del movimiento estudiantil participaron como asesores o estuvieron dentro del equipo de trabajo de los constituyentes, los resortes de poder se trasladaron al presidente electo.

40 Restrepo, Bocanument y Rojas (2014, p. 291).

41 En términos de eficiencia y eficacia.

Partido Liberal colombiano, asumió la responsabilidad de liderar el proceso de reforma constitucional. Como paso previo, expidió el Decreto 1926 de 1990 y, luego, presentó el reglamento de las comisiones preparatorias y las mesas de trabajo de la Asamblea Constitucional,<sup>42</sup> que deliberaron desde el 14 de septiembre. Las mesas de trabajo y las comisiones preparatorias, con un radio de acción en todo el país, estaban pensadas para recoger, articular y sistematizar la opinión nacional, de forma que pudiera ser consultada y utilizada por los constituyentes, los partidos políticos, las fuerzas sociales y el Gobierno nacional. En el reglamento se planteaba:

Que es necesario promover un gran debate nacional en el cual puedan participar activamente todos los ciudadanos para expresar sus opiniones sobre las reformas concretas que, a su juicio, deberían ser adoptadas por la Asamblea Constitucional; Que las fuerzas sociales y regionales, así como expertos y dirigentes, tienen en el proceso de la Asamblea Constitucional una oportunidad histórica de contribuir decisivamente en la construcción de las instituciones del mañana; Que es indispensable crear mecanismos amplios de participación para que las reformas que finalmente adopte la Asamblea Constitucional se constituyan en instrumentos eficaces para atender los problemas y responder a las necesidades que son más apremiantes para los colombianos. (Reglamento de las comisiones preparatorias y las mesas de trabajo..., 1990)

Las mesas de trabajo fueron promovidas por los alcaldes, los rectores de universidades, los directivos de las fuerzas sociales, los cabildos indígenas y los consejos de rehabilitación –en los lugares más alejados y municipios menores–, quienes estuvieron encargados de su composición y funcionamiento, previsto hasta el 15 de noviembre de 1990, y de la convocatoria de las diferentes fuerzas sociales y políticas de la región y de los ciudadanos interesados. Bajo la dinámica de seminarios, foros y mesas de discusión, presididas por un relator escogido por el promotor correspondiente, se sometió a estudio de las mesas de trabajo el temario de reforma constitucional propuesto por el Gobierno y se presentaron otras iniciativas partidistas o ciudadanas, previa convocatoria

<sup>42</sup> Asamblea Constituyente, luego de la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, mediante la cual declaró constitucional el Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990, con excepción de algunas disposiciones que le habían puesto límites al temario de discusión de la asamblea.

de organizaciones sociales con un alcance nacional; esto es, gremios de los principales sectores de la economía, sindicatos, organizaciones cívicas y comunales, organizaciones indígenas y de minorías étnicas, organizaciones estudiantiles y juveniles, organizaciones campesinas, organizaciones feministas y de mujeres, organizaciones de jubilados y pensionados, organizaciones de militares y policías retirados, organizaciones de ambientalistas y ecologistas, organizaciones de derechos humanos, asociaciones de profesionales, asociaciones de universidades públicas, asociaciones de universidades privadas, Iglesia católica y otras iglesias.

Señala Buenahora (1991, p. 276) que “se registraron más de 840 mesas de trabajo coordinadas por las alcaldías; 286 por las organizaciones sociales; 244 por los consejos de rehabilitación, y 114 por las universidades y los Cabildos Indígenas [entre otras]”. Y agrega: “La libertad de opinión, la controversia civilizada y democrática, marcaba la pauta en los debates. Esas 1.580 mesas de trabajo recibieron cerca de 150.000 propuestas” en donde el tema de mayor frecuencia era la paz, seguido de la educación, con más de 12 170 proposiciones en torno a puntos como la reforma integral del sistema educativo, la consagración constitucional del derecho a la educación, su descentralización y la autonomía universitaria. En tercer lugar, estuvieron las propuestas relacionadas con el Congreso, con más de 5 545 peticiones sobre su funcionamiento y la supresión de los auxilios parlamentarios, y, en cuarto lugar, las referidas a la reforma del sistema electoral, que alcanzaron las 2 667 (Buenahora, 1991). Los derechos humanos, la administración de justicia y el régimen territorial también estuvieron presentes dentro de los temas que mayor interés despertaron en la población.

70 Según el reglamento, para sistematizar y archivar los datos básicos, los informes y las actas de las mesas de trabajo, se organizó una oficina central de preparación de la Asamblea Constitucional con sede en Bogotá (Centro de Documentación de la Asamblea Constitucional), adonde debía ser enviada la documentación pertinente, por el siguiente conducto: (i) las derivadas de las mesas promovidas por los alcaldes se enviaban a los gobernadores, intendentes y comisarios respectivos; (ii) las propuestas de las mesas de discusión de las organizaciones sociales y universidades se remitían a un comité especial integrado por un representante de la Presidencia de la República, un representante del Ministerio de Gobierno y un representante de la Comisión Redactora Asesora del Gobierno para la preparación del Proyecto de Reforma Constitucional, designados por la Presidencia de la República; (iii) la documentación de las



mesas dirigidas por los consejos de rehabilitación se enviaban a la Secretaría de Integración Popular de la Presidencia de la República, encargada del manejo del Plan Nacional de Rehabilitación, y (iv) las provenientes de los cabildos indígenas se remitían a la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno. A su vez, cada uno de estos cuerpos, digamos de canalización, debía hacer llegar todas las propuestas al coordinador ejecutivo para la Preparación de la Asamblea Constituyente, antes del 3 de diciembre de 1990.

Así, la Presidencia de la República, por intermedio del coordinador ejecutivo para la Preparación de la Asamblea Constituyente, estaba encargada de la sistematización de la información que debía ser suministrada a los partidos políticos y a la Comisión Redactora Asesora del Gobierno, y puesta a disposición de los constituyentes y su equipo de trabajo para su consulta.<sup>43</sup>

Las mesas de trabajo contaron con el apoyo logístico e informativo de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP.

En forma paralela a las mesas de trabajo, entraron en acción las comisiones preparatorias de la Asamblea Nacional Constituyente, integradas por 900 personas, aproximadamente, seleccionadas por el presidente de la República, entre voceros de las organizaciones sociales y fuerzas políticas y especialistas en las materias fijadas por el Decreto 1926 (Congreso, justicia y Ministerio Público, administración pública, derechos humanos, partidos políticos y oposición, régimen departamental y municipal, mecanismos de participación, estado de sitio, temas económicos y control fiscal). El presidente César Gaviria, en el discurso de instalación de las comisiones preparatorias de la todavía Asamblea Constitucional, pronunciado en el Palacio de Nariño el 14 de septiembre de 1990, expresó:

---

43 En un informe presentado por la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, dedicada a los temas económicos, sociales y ecológicos, en relación con las propuestas específicas que le correspondió conocer, se expresa lo siguiente: “Examinadas con especial interés las 121 propuestas allegadas a las mesas de trabajo que se organizaron en todo el país, se advierte una preocupación generalizada porque haya mecanismos de control adecuados y, por sobre todo, eficaces que aseguren la preservación y el correcto manejo de los recursos públicos a fin de que puedan cumplir la finalidad que les es esencial.

La aspiración porque se instauren formas de participación popular en el desarrollo de las tareas de control se hace evidente en casi todas las propuestas.

Como es apenas razonable se observan en ellas diferencias accidentales sobre temas como los organismos de control, y su composición y funcionamiento en los niveles de la administración. Es de notar que una proporción significativa de ellas se orienta a conservar la institución de las contralorías” (Archivo General de la Nación, 1991, rollo 9, legajo 334, folio 22).

Los he convocado para invitarlos a cumplir, con entusiasmo, seriedad y decisión, esta cita con la democracia, este compromiso con nosotros y con el futuro de Colombia [...].

Los miembros nominados para integrar las comisiones y subcomisiones no están obligados a participar en ellas. Como ciudadanos, obviamente están en absoluta libertad de hacerlo para la construcción de las instituciones del mañana [...]. Hemos tratado de no excluir a colombianos que han demostrado por sus trayectorias en la vida nacional que pueden contribuir con su singular concurso al enriquecimiento de esta fase preconstituyente [...].

Somos conscientes de que la Asamblea Constituyente es una oportunidad histórica, quizás irrepetible, en la cual la comunidad toda y en especial las fuerzas sociales tienen una gran responsabilidad [...].

Es la oportunidad de revitalizar la legitimidad de nuestras instituciones, de modernizarlas y fortalecerlas. Es la oportunidad de construir una democracia amplia, extendiendo la participación de los ciudadanos a nuevos escenarios en todos los aspectos de la vida nacional. Es la oportunidad, y así lo entienden claramente los ciudadanos, de reconocer concretamente anhelos de justicia e igualdad [...].

Los ciudadanos, sean estos expertos, dirigentes, personalidades, representantes de las fuerzas sociales, o mujeres y hombres que sólo aspiran a vivir dignamente, todos debemos trabajar unidos. Todos tenemos algo que aportar. A todos se les ha dado la posibilidad de hacerlo. Por eso, tanto las mesas de trabajo [...] como las comisiones preparatorias y las subcomisiones, funcionarán a lo largo y ancho del país y todo el que quiera presentar una propuesta fundamentada por escrito podrá hacerlo y ser escuchado. Esta instancia es por ello una verdadera fase preconstituyente sin exclusiones. (Presidencia de la República de Colombia, 1991, pp. 7-8)

Estas comisiones, cuyo centro de operación era el Centro de Convenciones Gonzalo Jiménez de Quesada, ubicado en Bogotá, se dividieron en subcomisiones –conformadas por verdaderos especialistas– debido a la amplitud y complejidad de cada tema, y sus funciones eran: (i) recibir las propuestas de reforma con su debida justificación; (ii) clasificar las propuestas de acuerdo con los puntos del temario a los que hacían referencia y a los artículos de la Constitución que modificaban, adicionaban o derogaban; (iii) citar a audiencias a los exponentes expertos de las propuestas y, en general, a quien solicitara ser oído en relación

con una propuesta (estas audiencias se realizaron entre el 30 de octubre y el 20 de noviembre de 1990);<sup>44</sup> (iv) analizar las diferentes propuestas con el objeto de articular las iniciativas de la subcomisión y justificarlas, y (v) elaborar un informe final.<sup>45</sup>

Así, las comisiones preparatorias, a su vez, organizadas en subcomisiones, recibieron el encargo del presidente de la República César Gaviria de estudiar las propuestas que recogían las inquietudes de miles de colombianos, expresadas en proposiciones, planteamientos, ideas, proyectos, cartas, líneas de acción, etc., en relación con las materias que debían ser objeto de reforma constitucional, y las presentadas por las distintas mesas de trabajo, para elaborar un informe final. Estas comisiones deliberaron hasta el 5 de diciembre de 1990.

Las conclusiones de las subcomisiones fueron llevadas a la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, donde operó el Gran Centro de Documentación de la Asamblea Nacional Constituyente.

En palabras de Gaviria (Presidencia de la República de Colombia, 1991), las comisiones y subcomisiones, “además de ser mecanismos abiertos de participación, foros de discusión y análisis, canales de expresión del sentimiento nacional e instrumentos para recoger y organizar la opinión del país sobre el contenido de la reforma” (p. 9), debían servir para promover la pedagogía de la reforma, incorporar a la ciudadanía a un gran debate nacional sobre la democracia deseada para Colombia y ser instrumentos de movilización electoral.

### *Un balance positivo*

De acuerdo con Buenahora (1991, pp. 276-277), la iniciativa ideada por el Gobierno para poner en marcha la democracia participativa en esta fase

73

44 Los voceros de las mesas de trabajo y los representantes de los sectores y fuerzas representativas de la sociedad podían participar con prelación en las sesiones de las subcomisiones.

45 Según el reglamento “los informes finales deberán ser enviados al coordinador ejecutivo, quien tendrá la responsabilidad de organizarlos para que puedan ser consultados fácilmente y sean de utilidad en la elaboración y discusión de la reforma constitucional. El coordinador ejecutivo enviará copia de dichos informes a cada uno de los partidos y movimientos políticos con representación en el Congreso de la República y a la Comisión Redactora Asesora del Gobierno. Todo el archivo sistematizado será colocado a disposición de la Asamblea Constitucional para que pueda ser fácilmente consultado por sus miembros. El coordinador ejecutivo preparará una relación de informes para que los medios de comunicación puedan divulgar los aspectos esenciales de las propuestas y para permitir la consulta de los mismos por parte de los miembros de la Asamblea Constitucional y del Gobierno Nacional. El Gobierno elaborará un formato para la presentación de dichos informes”.

preconstituyente “debía entenderse como la gran siembra de una nueva cultura política”. Sin embargo, se reconoce que en ese momento de mesas de trabajo y comisiones preparatorias “participó fundamentalmente la inteligencia nacional, esto es, distintas élites que orientaban las municipalidades, las organizaciones sociales y las universidades”, mientras que el gran pueblo quedó “al margen sin entender la Constituyente, no obstante el marcado ambiente de aculturación en su favor”. Esto explica la importancia y justificación de los foros, los seminarios y las mesas de discusión que fueron programados en parte del territorio nacional en torno a la Asamblea Constituyente y al temario propuesto por el Gobierno. Al respecto, el autor en cita plantea:

De manera que a pesar de ser expresión de minorías, no sólo desde el punto de vista de la activación sino también de la participación, el proceso promovido desde la Presidencia de la República merece el reconocimiento ciudadano porque produjo una ruptura total con el pasado ya que significó toda una pedagogía sobre el derecho público y las ideologías para llegar al pluralismo y la competencia política civilizada. Ninguna otra generación de colombianos había vivido experiencia similar. (Buenahora, 1991, p. 277)

La idea con la integración y puesta en funcionamiento de las comisiones y subcomisiones preparatorias era que los proyectos de reforma constitucional (integrales o parciales) no solo provinieran de los constituyentes<sup>46</sup> y del Gobierno nacional, sino de todas las fuerzas sociales, los sectores de la vida nacional y los ciudadanos interesados, que desde hacía tiempo estaban buscando espacios de participación para la definición de los acuerdos fundamentales básicos. Es decir, realmente se estaba pensando en un proceso lo más incluyente posible.

Antes de iniciar la recolección, sistematización y análisis de la información, se tenía la hipótesis de que el proyecto propuesto por el Gobierno había sido determinante en la Asamblea Nacional Constituyente y había marcado una línea de acción clara. No obstante, luego de escuchar a varios constituyentes y asesores entrevistados por el equipo investigativo, se constató que el proyecto del Gobierno fue uno más al lado de tantos proyectos integrales y parciales que fueron presentados.<sup>47</sup> Si bien el proyecto del Gobierno no fue protagónico en las

46 Los constituyentes presentaron un total de 131 proyectos de reforma constitucional, de los cuales 23 eran propuestas integrales y 108 parciales. Ver Gaceta Constitucional No. 23, pp. 57-59.

47 El constituyente Iván Marulanda (2013) afirmó, por ejemplo, “los Constituyentes llevábamos cada uno un proyecto de reforma constitucional, bien sea un proyecto completo o de las cosas

discusiones de los constituyentes, la participación de este en la organización y funcionamiento de la Asamblea sí fue muy importante, pero esto no le alcanzó para tomarse el liderazgo de la corporación, ya que los delegatarios se encargaron de recordarle su autonomía.<sup>48</sup> Sin embargo, explica Dugas (1993b, p. 55), “a pesar de este fracaso inicial, la presentación de un perfil más bajo, el trabajo diligente y profesional por parte del ministro de Gobierno y las intervenciones oportunas del presidente Gaviria, permitieron al Gobierno recuperar mucha de su influencia sobre la Asamblea Nacional Constituyente”.

La reforma propuesta por el Gobierno posicionó en primer lugar al Congreso, debido al deterioro institucional de este órgano político en los últimos años, en razón de sus prácticas clientelistas, los privilegios y prebendas de los que gozaba (en este aspecto, el asunto de los auxilios parlamentarios era nuclear) y el distanciamiento de los electores o representados, que aparecía cada vez más marcado. Precisamente, Armando Novoa (2013), en la entrevista realizada por el equipo de investigadores del proyecto,<sup>49</sup> ratificó que el tema del Congreso fue uno de los más recurrentes en las comisiones preparatorias, junto con las materias referentes a los derechos humanos y los mecanismos de participación.

---

que cada uno consideraba que eran de su interés más prioritario [...]; ese material fue sagrado en la Constituyente [...]; el proyecto del Gobierno no fue tan importante, no fue el referente, no fue el punto de referencia de los debates [...]; fueron muy importantes los proyectos que llevaron los constituyentes” (Restrepo, Bocanument y Rojas, 2014, p. 94). El asesor Armando Novoa (2013) señaló que el proyecto del Gobierno fue un proyecto más, pues, por el carácter autónomo y soberano de los constituyentes, se consideraba que no debían estar atados a ningún proyecto en particular (Restrepo, Bocanument y Rojas, 2014, pp. 290-311). En igual sentido, se expresaron los constituyentes Eduardo Verano (2013), Antonio Navarro (2013) y Horacio Serpa (2013). Ver las entrevistas en Restrepo, Bocanument y Rojas (2014, pp. 71-80, 154-172 y 183-187).

48 Al respecto, señala Dugas (1993b, p. 54) que “sin duda, el actor más importante en la Asamblea, aparte de los grupos políticos fue el Gobierno del Presidente César Gaviria. El gobierno intentó y, en cierta medida logró, tener una influencia notable en la ANC. Esta fue alcanzada principalmente a través de los ministros [el más protagónico fue el ministro de gobierno Humberto de la Calle Lombana] y asesores del Gobierno, y por la intervención del mismo Presidente Gaviria. No obstante, los primeros pasos del Gobierno para ejercer liderazgo sobre la Asamblea fracasaron. Antes de que esta comenzara, el Gobierno había redactado un proyecto guía de reglamento interno, el cual fue rechazado por muchos constituyentes que lo consideraron una intromisión indebida en los asuntos de la Asamblea. Ese rechazo fue seguido por la poca acogida de los delegatarios al proyecto gubernamental de reforma constitucional. Aunque el Gobierno tenía la pretensión de que su proyecto sirviera como eje del debate constitucional, fue calificado entre los mismos liberales como ‘verboso, repetitivo, un proyecto en el cual uno se pierde’ [según afirmación de un constituyente liberal]”.

49 La entrevista de Armando Novoa puede consultarse en Restrepo, Bocanument y Rojas (2014, pp. 290-311).

Si bien los partidos y movimientos políticos representados en la Asamblea y el gobierno del presidente Gaviria fueron los actores protagónicos de ese momento fundacional, hubo incidencia, en mayor o menor grado, de los medios de comunicación, la Iglesia católica, los gremios económicos, los sindicatos, los grupos étnicos, el Congreso, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el narcotráfico, la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar,<sup>50</sup> entre otros, quienes, por medio de la presentación de proyectos de reforma constitucional específicos, de la labor de cabildeo, de la búsqueda de aliados naturales al interior de la corporación, de las exposiciones directas realizadas ante los delegatarios<sup>51</sup> y de los comunicados o las cartas enviadas a la Asamblea<sup>52</sup> –en donde no estuvo ausente

50 En ese momento, la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar, constituida en 1987, estaba integrada por las FARC, el ELN y una disidencia del EPL dirigida por Francisco Caraballo. El tema puede consultarse en Lemaitre (2011, pp. 68-86).

51 Entre el 30 de abril y el 13 de junio de 1991 intervinieron ante la Asamblea Nacional Constituyente, ya fuera en la plenaria o en alguna comisión, Luis López Guerra, magistrado del Tribunal Constitucional Español (Gaceta Constitucional n.º 72, p. 2); Rodolfo Piza Escalante, expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y juez de la Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica (GC n.º 72, p. 3); Lorenzo Martín Retortillo, profesor de Derecho Público de la Universidad Complutense (GC n.º 74, pp. 4-5); Juan Martín Caicedo, presidente de la Federación Colombiana de Municipios (GC n.º 106, p. 5); Alberto Mendoza (GC n.º 106, p. 17); Gustavo Quintero (GC n.º 106, p. 18); Carlos Andrés Pérez, presidente de Venezuela (GC n.º 87, pp. 10-12); Ariel Armel Arenas, presidente de la Confederación Colombiana de Consumidores (GC n.º 111, pp. 5-6); Patricia Anzola, María Teresa Herrán y Darío Valencia, representantes de Comunicación y Desarrollo (GC n.º 111, pp. 6-9); Jorge Rodríguez Arbeláez, director del Colegio Altos Estudios de Quirama (GC n.º 125, pp. 25-26); Juan Méndez, director de American Watch; padre Francisco de Roux y Gustavo Gallón de la Comisión Andina de Juristas (GC n.º 130, pp. 6-8); profesor Rodolfo Piza Escalante del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (GC n.º 132, p. 4); Luis López Guerra (GC n.º 132, p. 4); Loyola Guzmán Lara, por la secretaría ejecutiva de la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos, Fedefam (GC n.º 132, p. 8); representantes de las Comunas Nororientales de Medellín (GC n.º 133, pp. 5-6), y organizaciones campesinas (GC n.º 135, pp. 19-20). También intervinieron los presidentes de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; los gremios de la producción, los medios de comunicación y los gobernadores de las comunidades indígenas (Dugas, 1993b).

52 Entre el 11 de abril y el 21 de junio de 1991 la Asamblea recibió comunicaciones enviadas por delegados de la Conferencia Episcopal (Gaceta Constitucional n.º 52, p. 28); delegados de la ciudad de Medellín (GC n.º 71, pp. 15-16; GC n.º 90, pp. 9-11); la Asociación Colombiana de Juristas Demócratas (GC n.º 84, p. 24); Ernesto Zuluaga, presidente de la Asociación de Áreas Metropolitanas (GC n.º 106, p. 30); estudiantes por la defensa de la educación pública (GC n.º 92, p. 14); periodistas que cubrían la ANC (GC n.º 92, p. 15); el Congreso Nacional de Fotógrafos y Camarógrafos (GC n.º 99, p. 7); monseñor Pedro Rubiano Sáenz (GC n.º 103, p. 28); el Estado Mayor del Movimiento de Autodefensa Campesina del Magdalena Medio (GC n.º 104, p. 15); la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar (GC n.º 104, p. 15; GC n.º 131, pp. 8-9; GC n.º 140, p. 38); la Federación Colombiana de Asociaciones de Perinatología (GC n.º 107, p. 23; GC n.º

el uso de prácticas *non sanctas* e ilegales—,<sup>53</sup> bregaron porque las posiciones por ellos defendidas tuvieran cabida en la carta constitucional que se empezaba a gestar. Al respecto, señala Novoa (2013):

El *lobby* que hubo a los constituyentes fue muy fuerte y, como en todo cuerpo legislativo, muchos de los acuerdos se tejían por fuera del propio cuerpo deliberativo. Entonces, por ejemplo, hubo *lobby* muy fuerte por parte de los medios de comunicación, de los canales, de Andiaros, que en ese entonces era dirigida por [Juan Manuel Santos]; la Iglesia Católica hizo mucho *lobby* porque la Constitución estableció una separación entre el Estado y la iglesia; las negritudes hicieron un *lobby* muy importante, y eso quedó reflejado en algunas normas de la Constitución y en algunas normas transitorias; todo el mundo hizo *lobby*, los legales y los ilegales, la embajada norteamericana –puesto que de por medio estaba un tema clave como lo era la extradición– [...]. Se estaba discutiendo el tema de la guerra y la paz; el país estaba incendiado, por un lado, Pablo Escobar estaba poniendo bombas y diciendo que era constituyente, buscando acabar con la extradición y, por otro lado, la embajada norteamericana, presionando en la dirección contraria. De manera que eso no fue un encuentro de ángeles, eso fue un encuentro en donde estaban representadas las fuerzas actuantes, y a los constituyentes los abordaron muchos sectores. Las oficinas de los constituyentes eran en el hotel Tequendama, el Centro de Convenciones [donde funcionó la Asamblea] quedaba pasando la calle [...]; ahí llegaba todo el mundo [a las oficinas] a presentar propuestas, a presentar iniciativas [...]; lo que sí puedo decir, con absoluta certeza, es que en el *lobby*, los constituyentes no decidieron el contenido de la Constitución a cambio de prebendas. (Restrepo, Bocanument y Rojas, 2014, p. 300)

77

140, pp. 31-32); representantes de la Coordinadora Nacional Guerrillera (GC n.º 122, p. 24); la Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados de la Rama Judicial, Asonal Judicial (C n.º 128, pp. 8-9), y estudiantes de las universidades de Caldas y Nacional de Manizales (GC n.º 133, p. 13).

53 El tema puede ser consultado en Dugas (1993b, p. 56), quien relata algunos sucesos: “los ‘Extraditables’ mantuvieron secuestrados a los periodistas Maruja Pachón y Francisco Santos hasta el 20 de mayo de 1991. El delegado Iván Marulanda anunció el 29 de mayo que por lo menos dos constituyentes habían sido amenazados de muerte a través de anónimos. El 12 de agosto de 1991, salió por primera vez información sobre un intento de soborno al delegado Augusto Ramírez Cardona [del Partido Social Conservador] por parte de un supuesto abogado de Pablo Escobar”.

Como el artículo 28 del Reglamento interno de la Asamblea Nacional Constituyente permitía que “los representantes legales de organizaciones no gubernamentales de carácter nacional, las universidades y los grupos guerrilleros que se vinculen a un proceso de paz” presentaran proyectos,<sup>54</sup> al igual que lo podían hacer por derecho propio la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Congreso (artículo 27), llegaron una serie de propuestas de reforma constitucional al seno de la Asamblea derivados de diferentes fuerzas sociales que querían implicarse en la construcción del proyecto de vida colectivo.

En las gacetas constitucionales de la Asamblea Nacional Constituyente se encuentran treinta y cinco propuestas de reforma constitucional, integrales o parciales, presentadas directamente por organizaciones no gubernamentales.<sup>55</sup> Adicionalmente, se hallan propuestas de otros sectores. El listado puede ser consultado en Londoño (2015). También se aclara que en dichas gacetas y en el archivo de la Asamblea, que custodia el Archivo General de la Nación (AGN), aparecen varios proyectos de reforma constitucional presentados por ciudadanos, ya sea directamente o por conducto de una organización o un delegado.

### 3. Tercera ola de participación ciudadana: la Asamblea Nacional Constituyente

Finalizada la deliberación de las mesas de trabajo y las comisiones preparatorias, el 9 de diciembre de 1990 fueron elegidos por voto popular los 70 miembros que integrarían la Asamblea Nacional Constituyente y estarían encargados de canalizar los múltiples intereses de los diversos grupos sociales y políticos, para promulgar la nueva carta constitucional.

Estos comicios se caracterizaron por la alta abstención de los colombianos, equivalente al 74 %, <sup>56</sup> y por el buen desempeño electoral de varios partidos y movimientos políticos no tradicionales o alternativos y algunas fuerzas minoritarias, como lo fueron la Alianza Democrática M-19 (AD M-19), que

54 Ver Gaceta Constitucional n.º 66, p. 6.

55 Los documentos aparecen sin un orden específico y secuencial; incluso muchos se encuentran sin numeración. La secuencia se pierde en la propuesta de reforma n.º 13, pasa a la 15 y salta a la 23, y así continúa.

56 Señala Quintero (2002) que “esta elección ha sido bastante discutida debido a la notable abstención presentada: de 14’237.110 electores potenciales, tan sólo 3’710.557 acudieron a las urnas, lo cual correspondió a un 74 % de abstención electoral. De los 3’686.091 votos válidos, el 81 % estuvo a favor de la Asamblea y el 2 % estuvo en contra” (pp. 133-134).



alcanzó un total de 19 constituyentes; la Unión Patriótica (UP) y el Movimiento Unión Cristiana (UC), que eligieron dos constituyentes cada uno, y los movimientos indígenas Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y Autoridades Indígenas de Colombia (AICO), que alcanzaron a elegir dos constituyentes.<sup>57</sup>

Para esas elecciones los partidos y los movimientos políticos utilizaron estrategias diferentes. Por ejemplo, mientras la Alianza Democrática M-19 y el Movimiento de Salvación Nacional, que obtuvo representación con 11

---

57 En la Asamblea Nacional Constituyente tuvieron voz y voto los movimientos ONIC y AICO, que alcanzaron a elegir dos constituyentes: Francisco Rojas, abogado, perteneciente a la comunidad Embera Chamí de Antioquia y representante de la ONIC (25 880 votos), y el indígena guambiano Lorenzo Muelas, agricultor, exgobernador del Cabildo guambiano en el Cauca, del cual fue consejero, y representante de la organización indígena AICO (20 083 votos). También fue designado constituyente con voz pero sin voto el indígena Alfonso Peña Chepe del Movimiento Armado Quintín Lame (MAQL). En la entrevista realizada a Lorenzo Muelas el 4 de septiembre de 2013, apareció con más claridad la situación de los indígenas que participaron en la Asamblea. Entre otras cosas, destaca la contundencia de su convicción de que el proceso constituyente les brindaba una oportunidad histórica que no podían desaprovechar, pues era consciente de que la clase política del país no los quería ni los valoraba, y que los veían más bien como un “palo en la rueda” para el desarrollo, al igual que a los afrodescendientes; por ello era perentorio aferrarse al derecho indígena y no excluirse del proceso, pues estaba claro que nadie reivindicaría sus derechos, que la opresión y la exclusión sufrida no mejoraría si se quedaban por fuera del debate, y continuarían siendo los “semicivilizados”, “salvajes” y “menores de edad” de los que hablaba la Ley 89 de 1890. Por ello articuló un discurso en torno a la frase “vamos nosotros mismos vaya como nos vaya”, es decir, “llegar nosotros mismos, no delegar”. También narró que les tocó luchar hasta el final por las reivindicaciones que alcanzaron en la Constitución de 1991, toda vez que hasta el último momento (3 de julio) los artículos que ya habían sido aprobados por los constituyentes estaban embolotados. Señaló: “Hay como 27 artículos que se pueden interpretar como el derecho al indígena, el derecho al campesino, los logros son muchos. El partido del Gobierno no era amigo nuestro. Faltaban tres días de la culminación de la asamblea y nos fue bien, sacamos nuestros proyectos, en la primera vuelta también, llevaron nuestro documento a la comisión codificadora, en la finca la Yerbabuena, ya cuando vino de allá vino saqueado todo, cuando nuestro proyecto llego de allá. Un asesor mío se dio cuenta y me llamó, luego llamamos al otro constituyente Rojas y a otro del Quintín Lame que era constituyente sin voto, y los tres salimos de nuestra curul y amenazamos con que si esto no vuelve a su cauce no firmamos la constituyente, duramos tres días peleando y el último día, cuando yo estaba ya cansado, Eduardo Verano de la Rosa me levantó de la silla y me dijo que el ministro Humberto de la Calle me necesitaba, me dijo que cómo resolvemos este impase, y el ministro ordenó llamar a sus asesores, nosotros llamamos a los míos y vuelvan a escribir el proyecto (artículos 329 y 330), no fue exactamente la [versión inicial], pero se recuperó algo, los delegatarios, los del Gobierno, no eran amigos nuestros, no nos querían. Carlos Lleras de la Fuente y Cornelio Reyes eran ofensivos con nosotros, no nos querían. Tampoco fue facilito que nos reconocieron nuestros derechos, si no volvemos eso un tierrero como me lo dijo Víctor Daniel Bonilla, un mestizo que ha trabajado más que nosotros, él me dijo que volviera eso un tierrero o que volviera a mi pueblo con la cabeza gacha” (Muelas, 2013).

constituyentes, decidieron lanzar listas únicas, el Partido Social Conservador se dividió en algunas listas para focalizar el voto, y el Partido Liberal realizó una explosión de listas regionales, 36 en total, lo que fue conocido como “Operación Avispa” (Carrillo, 2021, p. 109).

Es importante precisar que a los 70 constituyentes elegidos por voto popular se sumaron cuatro representantes de grupos guerrilleros en proceso de desmovilización designados por el Gobierno. Dos del Ejército Popular de Liberación (EPL), con voz y voto, un representante del Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) y otro del movimiento indígena Quintín Lame; estos últimos con voz pero sin voto (Dugas, 1993b).

La conformación de la Asamblea Nacional Constituyente fue la siguiente:<sup>58</sup>

Partidos/movimientos	Número de constituyentes elegidos/nombrados	Porcentaje total de la Asamblea	Porcentaje del voto en la Asamblea
Partido Liberal (PL)	25	33.7 %	34.7 %
Alianza Democrática M-19 (AD M-19)	19	25.5 %	26.4 %
Movimiento de Salvación Nacional (MSN)	11	14.9 %	15.3 %
Partido Social Conservador (PSC)	5	6.8 %	6.9 %
Conservadores Independientes (CI)	4	5.4 %	5.5 %
Unión Cristiana (UC) <sup>59</sup>	2	2.7 %	2.8 %
Unión Patriótica (UP)	2	2.7 %	2.8 %
Indígenas (ONIC - AICO)	2	2.7 %	2.8 %
Ejército Popular de Liberación (EPL)	2	2.7 %	2.8 %

<sup>58</sup> La información es tomada de Dugas (1993b, p. 47).

<sup>59</sup> El interés de la Unión Cristiana era limitar el poder tradicional de la Iglesia católica.

Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) <sup>60</sup>	1	1.3 %	
Quintín Lame <sup>61</sup>	1	1.3 %	
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>100.00 %</b>	<b>100.00 %</b>

Se observa que la composición de la corporación “no quedó circunscrita al bipartidismo tradicional sino que significó el primer gran triunfo del pluralismo democrático en Colombia” (Buenahora, 1991, p. 138),<sup>62</sup> lo que abrió paso a un proceso deliberativo que logró un amplio consenso sobre *lo fundamental*. Esta composición pluralista fue determinante en el proceso de toma de decisiones, porque ningún sector de los que había alcanzado representación en la Asamblea “fue capaz de imponer la agenda, controlar el debate o determinar los resultados” (Dugas, 1993b, p. 47). Esto, en la medida en que ningún grupo, por sí solo, tenía la fuerza suficiente para hacer aprobar sus propuestas sin lograr consensos con algún otro, pues el reglamento de la Constituyente<sup>63</sup> estableció que se necesitaba tener la mitad más uno de los integrantes para que una propuesta fuera aprobada; es decir, 37 votos. Lo que implicó que para alcanzar dicha votación fuera necesario buscar identidades y hacer alianzas y concesiones.<sup>64</sup> Dugas (1993b, p. 47) explica que el desarrollo político de la Asamblea estuvo caracterizado por dos modalidades: “(a) el consenso global entre la gran mayoría de los grupos políticos en la Asamblea; o (b) las coaliciones transitorias entre grupos, ya sean políticas o programáticas, en cuanto a temas en los cuales no se podía alcanzar el consenso”.

60 Con voz pero sin voto.

61 Con voz pero sin voto.

62 Y agrega: “nunca antes en la historia colombiana se había registrado una Asamblea Nacional Constituyente cuyos miembros fueran elegidos libre y democráticamente. Entre los 70 constituyentes que tuvieron la inmensa responsabilidad de transformar nuestras instituciones se encontraban desde expresidentes y exministros hasta exguerrilleros, pasando por pastores religiosos y voceros de las comunidades indígenas” (Buenahora, 1991, p. 365).

63 Ver Gaceta Constitucional n.º 66.

64 Las entrevistas con Verano (2013) y Novoa (2013) dieron mayor claridad acerca del proceso de toma de decisiones en la Asamblea Nacional Constituyente. Ver Restrepo, Bocanument y Rojas (2014, pp. 71-80 y 290-311).

Esta idea de *inclusión* constituye un lugar común entre los protagonistas del proceso constituyente, las personas que en su momento permanecieron expectantes y quienes, posteriormente, lo adoptaron como objeto de estudio. Uprimny, por ejemplo, resalta que la Asamblea Constituyente “tuvo una composición bastante pluralista para los estándares electorales colombianos” (2002, p. 55) y reconoce que en ella tuvieron una participación muy importante las fuerzas sociales y políticas tradicionalmente excluidas de la política electoral colombiana. Fue el caso de los grupos guerrilleros recién desmovilizados o en proceso de desmovilización,<sup>65</sup> de los indígenas y de las minorías religiosas. También las mujeres participaron como candidatas y fueron elegidas constituyentes,<sup>66</sup> pese a que la representación fue muy escasa. Además, hubo organizaciones de mujeres y de feministas con algunas propuestas que deben ser objeto de una investigación y un análisis profundos. Así, sin lugar a dudas, en la Constituyente los más débiles y los invisibilizados adquirieron voz.

Bajo este hilo conductor, señala Ramírez (2008) en el prólogo del libro *De la expectativa al desconcierto: el proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*:

Existe un consenso generalizado [...] sobre el significado del enorme pluralismo logrado en dicha Asamblea porque dio entrada a grupos humanos y a tendencias jamás representadas hasta entonces en ninguno de nuestros Cuerpos Colegiados, como las indígenas cuya participación no solo fue significativa y quedó plasmada en normas constitucionales, sino además derivó en ricas enseñanzas para sus colegas.

Según lo reconoce el autor, podemos proclamar sin temor a equivocarnos que la Asamblea Constituyente de 1991 ha sido la más diversa, repre-

65 En el libro *Cambiar el futuro. Historia de los procesos de paz en Colombia (1981-2016)*, Eduardo Pizarro reconstruye de manera minuciosa los procesos de paz celebrados entre el M-19 y el gobierno de Virgilio Barco (1989-1990), y entre el PRT, el EPL y el Quintín Lame y el gobierno de César Gaviria (1990-1991) (2017, pp. 125-194).

66 Fueron elegidas a la Asamblea Nacional Constituyente la abogada y exmagistrada del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca María Teresa Garcés, por la Alianza Democrática M-19, movimiento político por el que también fue elegida la poeta y periodista María Mercedes Carranza. Igualmente, la psicóloga Aída Avella, por la Unión Patriótica, actual senadora de la República, y la abogada y exgobernadora de Antioquia Helena Herrán de Montoya, por el Partido Liberal. No fue elegida ninguna candidata de los movimientos de mujeres y feministas que participaron. Acerca de las mujeres que participaron en el proceso de elección de los delegatarios a la Asamblea, ver “Con hojas de vida que cualquier hombre envidiaría las mujeres en la constituyente” (1990).

sentativa y profética que se ha reunido a lo largo de nuestros anales. Allí tuvieron voz sectores siempre olvidados, marginados y enmudecidos por la discriminación persistente. (Ramírez, 2008, p. 8)

La Asamblea se instaló el 5 de febrero de 1991, con la presidencia *ad hoc* de los delegatarios Aída Avella de la Unión Patriótica y Carlos Daniel Abello del Movimiento de Salvación Nacional. Ante la pluralidad de partidos y movimientos políticos representados, se hizo necesario llegar a un acuerdo sobre la conformación de la mesa directiva. El Partido Liberal, el Movimiento de Salvación Nacional (MSN) y la Alianza Democrática M-19 (AD M-19) pactaron la elección de una presidencia tripartita. Al ser relegado del acuerdo, el jefe del Partido Social Conservador, el expresidente Misael Pastrana, renunció a la corporación. Los máximos líderes del MSN y la AD M-19, Álvaro Gómez y Antonio Navarro, respectivamente, representaron a sus colectividades en la Presidencia, mientras que el representante liberal surgió de un acuerdo entre los tres constituyentes con mayor votación: Horacio Serpa fue elegido, por encima de Jaime Castro y Carlos Lemos. Así, los presidentes de la Asamblea Nacional Constituyente fueron Álvaro Gómez del Movimiento de Salvación Nacional, Antonio Navarro de la Alianza Democrática M-19 y Horacio Serpa del Partido Liberal.

Al establecer su reglamento<sup>67</sup> y organización, la Asamblea Nacional Constituyente se distribuyó en cinco comisiones permanentes: la Comisión Primera estuvo dedicada a los temas de principios, derechos, deberes, garantías y libertades fundamentales; procedimientos e instituciones de protección; participación democrática; sistema electoral, partidos políticos y estatuto de la oposición, y procedimientos de reforma de la constitución. La Comisión Segunda asumió el estudio del ordenamiento territorial del Estado y la autonomía regional y local. La Comisión Tercera se encargó del Gobierno y el Congreso; la fuerza pública; el régimen de estado de sitio, y las relaciones internacionales. La Comisión Cuarta fue responsable de la administración de justicia y el Ministerio Público. Y, finalmente, la Comisión Quinta estuvo a cargo de los asuntos económicos, sociales y ecológicos.

La dinámica de trabajo de la Asamblea Constituyente se llevó a cabo en la plenaria, en las comisiones permanentes y subcomisiones, en las comisiones

<sup>67</sup> El Reglamento interno de la Asamblea Nacional Constituyente puede consultarse en la Gaceta Constitucional n.º 66.

accidentales y en las reuniones realizadas al interior de los partidos y movimientos políticos representados y entre estos mismos grupos. Cuenta Dugas que, si bien los medios de comunicación estaban concentrados en la labor de la plenaria y las comisiones permanentes, “sin duda muchas de las decisiones importantes de la Asamblea fueron incubadas en las reuniones de carácter informal y no-oficial” (1993a, p. 57).<sup>68</sup>

Bajo este contexto y la narrativa de los medios de comunicación, todos los actores sociales y políticos tenían centrada la atención en el nuevo pacto fundamental idealizado como una propuesta de paz,<sup>69</sup> como “un verdadero tratado de paz, y de paz democrática, entre todos los colombianos” (Mejía y Jiménez, 2005, p. 25), que se jugaba como una de sus cartas principales la apertura del sistema político y la promoción de la participación ciudadana. El proceso constituyente estuvo animado por la idea sustancial de crear un ordenamiento institucional que concretara nuevas reglas para el ejercicio del poder en Colombia, avanzando en reformas de importante calado, como la búsqueda de la paz, la profundización de la democracia, la ampliación de los derechos, la moralización de la administración pública y la modernización del Estado (Dugas, 1993a).

68 Algunos de los entrevistados por el equipo de investigación hicieron referencia a las reuniones informales que se hacían por parte de algunos delegatarios en una sala de espera que había antes de cruzar las puertas del recinto en donde sesionaba la Asamblea, en el Centro de Convenciones Gonzalo Jiménez de Quesada. Entre ellos, Eduardo Verano (2013) y Germán Jiménez (2013). Este último era el secretario del Colegio de Altos Estudios de Quirama, quien habló del desencanto que sintieron en dicha asociación en relación con el proyecto que habían construido con tanto juicio. Sostuvo: “una cosa son los escenarios de discusión y otros los escenarios de decisión. En los escenarios de discusión participan los que estén interesados, pero lo usual y lo normal es que se decide cuando ya se tienen las coaliciones definidas, las decisiones se toman en los pasillos, en las oficinas, en pequeños comités, pero las decisiones están tomadas antes de hacer la votación. Muchas decisiones llegaron fabricadas antes de hacer la votación, casi todas las decisiones debieron pasar por las decisiones de Navarro, Serpa y Gómez”.

69 Señala Lemaitre (2011) que la Asamblea Nacional Constituyente fue proclamada como el gran pacto por la paz entre los colombianos. En su texto *La paz en cuestión*, la autora analiza las diferentes dimensiones de la paz, a saber: la paz como democracia, es decir, como apertura del sistema político y ampliación significativa de las formas de participación; la paz como respeto a los derechos humanos, que exige el robustecimiento de la carta de derechos y la eliminación de los dispositivos que los afectan como, por ejemplo, el estado de sitio; la paz como justicia social, a partir de la demanda de reformas redistributivas que atiendan la pobreza y la inequidad social, y la paz como negociación con las guerrillas o la paz política, que involucra una política de gobierno para desmovilizar a las guerrillas y reincorporarlas a la vida social. Entonces, dadas las diferentes dimensiones de la paz, la autora se pregunta por la paz en cuestión en ese momento fundacional.

Luego de cinco meses de deliberaciones se clausuraron las sesiones plenarias de la Asamblea Nacional Constituyente y se entregó el texto definitivo de la Constitución Política de Colombia de 1991, aprobada en segundo debate<sup>70</sup> por la corporación en las sesiones de los días 28, 29 y 30 de junio y 1, 2 y 3 de julio de 1991. Esta carta fundamental fue firmada por todos los constituyentes el 4 de julio de 1991, con excepción de Alberto Zalamea, elegido en la lista del Movimiento de Salvación Nacional.<sup>71</sup>

#### 4. La participación ciudadana: lo que quedó para el futuro

Después de revisar el contenido de algunos proyectos y propuestas presentadas, identificar los principales debates suscitados al interior de la Asamblea Nacional Constituyente y hacer una comparación con la Constitución Política de 1991, se concluye que los grandes temas presentes en la agenda en la etapa preconstituyente fueron acogidos en la fase de deliberación de la corporación y quedaron plasmados en el resultado final. Se identifican, en términos generales, cinco áreas que transversalizaron todo el trabajo de la Asamblea: la búsqueda de la paz, la profundización de la democracia, la ampliación de la carta de derechos, la moralización de la administración pública y la modernización del Estado.

#### *Afinamiento del sistema democrático: representación, participación y deliberación*

Si se observa con detenimiento la Constitución Política de 1991,<sup>72</sup> se logra constatar que los constituyentes se tomaron en serio el mandato de revitalizar y fortalecer la democracia colombiana. La democracia representativa, viejo modelo institucional fundamentado en el voto ciudadano, fue complementada con mecanismos de democracia directa, local y participativa.

Ya desde el preámbulo de la Constitución se empieza a notar este cambio institucional, al señalar: “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano,

70 Compuesta por el preámbulo, 380 artículos y un capítulo de disposiciones transitorias. Novoa (2013) narró que en la primera vuelta salió una Constitución de 600 artículos. Ver Restrepo, Bocanument y Rojas (2014, p. 304).

71 Esta anécdota la refieren Iván Marulanda (2013), Eduardo Verano (2013) y Horacio Serpa (2013). Ver las entrevistas en Restrepo, Bocanument y Rojas (2014).

72 Se hace referencia al texto constitucional aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente el 4 de julio de 1991.

representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente [...], dentro de un marco jurídico, democrático y participativo [...], decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia”.

El título I, que consagra los principios fundamentales, institucionaliza un Estado social de derecho organizado en forma de República democrática, participativa y pluralista (artículo 1), con el fin claro de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (artículo 2), y cuya “soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público [que ejerce] en forma directa o por medio de sus representantes” (artículo 3).<sup>73</sup>

La Constitución entendió la participación no solo como un derecho (artículo 40), sino también como un deber (artículo 95), consagrando una serie de dispositivos para ejercerla, ya fuera en la escena política o social.

Un listado incipiente de las normas que podrían ser objeto de análisis incluye el artículo 27, que establece el derecho de petición que permite el conocimiento y, por esa vía, la intervención del administrado en la gestión pública;<sup>74</sup> los artículos 37 y 38, que consagran los derechos fundamentales de reunión (que envuelve el derecho a manifestarse pública y pacíficamente) y de asociación, respectivamente; el artículo 40, que señala el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político; el artículo 95, numeral 5°, que establece como deber de la persona y del ciudadano la participación en la vida política, cívica y comunitaria del país; los artículos 42 a 77, que consagran los derechos económicos, sociales y culturales –DESC– (que incluyen la participación de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud –artículo 44–; la participación de la comunidad en los servicios de salud y en las decisiones que afecten su derecho a un ambiente sano –artículo 49–; la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas –artículo 57–, y la participación de la comunidad educativa en la dirección de las instituciones de educación –artículo 68–). Asimismo, los artículos 78 a 82, que instituyen los derechos colectivos y del ambiente (y en ellos prevé la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen –artículo 78– y de

73 Este fue un cambio estructural de la Constitución Política de 1991, pues bajo la Constitución de 1886 la soberanía residía en la nación.

74 Ver Corte Constitucional, Sentencia T-445 (1993).



la comunidad en las decisiones que puedan afectar un ambiente sano –artículo 79–); y los artículos 86 a 88, que regulan las acciones constitucionales para exigir la protección y aplicación de los anteriores derechos; entre ellas, la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares.

Continuando con el listado, los artículos 103 a 106 señalan como mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. Los artículos 107 a 111 garantizan a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse y señala su marco de acción. El artículo 112 consagra el derecho de oposición; y los artículos dedicados a la regulación de la estructura del Estado, 113 a 121, consagran un sistema *criollo* de frenos y contrapesos entre las ramas del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial. En el título pertinente a la rama legislativa, el artículo 133 dispone que los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y deberán actuar consultando la justicia y el bien común; además, que el elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura. Los artículos 138 a 149 establecen las reglas de juego para el proceso deliberativo en ambas cámaras, y los artículos 151 a 169 regulan el proceso de formación de las leyes. El artículo 170 señala la posibilidad de que un número de ciudadanos, equivalente a la décima parte del censo electoral, solicite ante la organización electoral la convocatoria de un referendo para la derogatoria de una ley. El artículo 247 abre la puerta a la elección popular de jueces de paz. Los artículos 258 a 263 regulan el marco procedimental del sufragio y las elecciones. Los artículos 264 a 266 señalan las autoridades electorales y discriminan sus atribuciones constitucionales, y el artículo 270 fija la competencia del legislativo para organizar las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.

En el capítulo dedicado al régimen departamental, los artículos 299 a 301 regulan el proceso electoral y las atribuciones de las asambleas departamentales, y el artículo 303 establece la elección popular de gobernadores. En el capítulo referente al régimen municipal, los artículos 312 a 313 disponen el proceso electoral y las atribuciones de los concejos municipales; el artículo 318 establece que, con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, los

concejos podrán dividir sus municipios en comunas cuando se trate de áreas urbanas, y en corregimientos, en el caso de las zonas rurales, en los cuales habrá una junta administradora local de elección popular. El artículo 329 prevé la participación de los representantes de las comunidades indígenas en la delimitación de las entidades territoriales indígenas y el 330 establece las funciones de los consejos de los territorios indígenas. Asimismo, los artículos 340, 341 y 342 disponen la participación de los sectores económicos, sociales, ecológicos comunitarios y culturales en el Consejo Nacional de Planeación y en los consejos territoriales;<sup>75</sup> y los artículos 375 a 378 señalan los mecanismos populares para la reforma de la Constitución.

Adicionalmente, la Constitución señaló que la estructura interna y el funcionamiento de los colegios profesionales (artículo 26), los sindicatos y las organizaciones sociales y gremiales (artículo 39) y las organizaciones deportivas (artículo 52) deberán ser democráticos. Muy importante es la obligación que el artículo 41 le impuso al Estado de fomentar “prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana”, y la obligación de las instituciones de educación, oficiales o privadas, de estudiar la Constitución e instruir en virtudes cívicas.

Con mucha razón, el constituyente Fals Borda (1991, p. 53) afirmó que “la ideología de la participación democrática resultó ser el cemento de toda la estructura de la nueva Carta Política”. Es verdad que la democracia participativa complementó a la democracia representativa. Sin embargo, las narrativas en torno al tema alimentaron la esperanza de que los problemas que normalmente se habían asociado a la representación, tales como, el clientelismo, la corrupción, la manipulación y compra de votos y el fraude electoral, entre otros, serían solucionados en razón de una propuesta que buscaba dignificar la política y hacerla más permeable a la acción ciudadana, al ampliar los espacios de participación en los diferentes niveles de toma de decisiones. Nada más ilusorio.<sup>76</sup>

Hoy queda claro que este caleidoscopio de estrategias democráticas que combinan dosis de representación, participación y deliberación fue el resultado

75 En este marco se han implementado la planeación local y el presupuesto participativo en diferentes municipios colombianos.

76 En otras oportunidades la autora hizo un breve análisis de la crisis institucional que ha caracterizado a los partidos políticos desde el siglo XX (Londoño, 2012, pp. 63-76) y una reflexión en torno a las promesas, expectativas, fracasos y frustraciones a propósito del ideal de la democracia participativa que fue consagrado en la Constitución Política de 1991 (Londoño, 2014, pp. 215-220).

de los diferentes consensos y alianzas que confluyeron en la Asamblea Nacional Constituyente. Asamblea que, como se vio, ha sido entendida como la más pluralista y multicultural de la historia nacional, porque en ella tuvieron asiento, además de los actores tradicionales de la política, sectores sociales y políticos que nunca habían participado en la construcción del proyecto de vida colectivo, y que tenían en su horizonte la apertura del sistema político, la ampliación de los espacios de participación ciudadana, la dignificación de la política y la eficacia de las instituciones con miras a una mejor gobernabilidad.

## Conclusiones

Es indiscutible que la Constitución Política de 1991 surgió de un proceso constituyente inédito que cambió la forma de hacer las constituciones en Colombia. Dicho proceso, desde su propia gestación con el movimiento estudiantil de 1989 (primera ola de participación), su continuación con las mesas de trabajo y las comisiones preparatorias (segunda ola de participación), y la elección libre de los constituyentes y posterior instalación de la Asamblea Nacional Constituyente (tercera ola de participación), logró que miles de ciudadanos y grupos sociales que permanecían al margen de la vida nacional se interesaran y participaran en la definición de los acuerdos fundamentales básicos.

Si bien en la fase final o constituyente todo dependió de la labor de los delegatarios, la integración pluralista y multicultural de este cuerpo colegiado permitió que grupos sociales y políticos históricamente excluidos del sistema de toma de decisiones participaran al lado de los partidos tradicionales en la construcción del proyecto de vida colectivo. Como bien lo planteó el constituyente Iván Marulanda, la Asamblea cumplió “un mandato de historia”, que permitió, “por primera vez, [que se reunieran] todo tipo de colombianos, para buscar por las buenas una forma de convivencia pacífica. Una organización social y política que [...] sirva para levantar sobre este suelo, y para siempre, una civilización”.<sup>77</sup>

El hecho que queda demostrado es que la Constitución de 1991 no fue una “Carta de Batalla” en los términos de Valencia (1997), porque no fue impuesta por los vencederos a los vencidos, como ocurrió al finalizar las diversas batallas nacionales libradas, ni constituyó el predominio de una ideología política

<sup>77</sup> Exposición general del delegatario Iván Marulanda en la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del 21 de febrero de 1991. Gaceta Constitucional n.º 18, p. 9.

sobre otra, como había sido tradición en la historia del constitucionalismo colombiano.<sup>78</sup> Tanto el proceso como el resultado fueron inéditos en Colombia y, por ello, vale la pena convertirlos en objeto de estudio.

Finalmente, el resultado fue coherente con los consensos que se percibían en el ambiente nacional en la fase preconstitucional, pues se expidió una Constitución que proclamó la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, amplió la carta de derechos y contempló acciones constitucionales para su defensa, propendió por la profundización de la democracia, abrió canales de participación en la vida económica, social y política, y le apostó a la moralización de la función pública y a la modernización de las instituciones.

Con claras contradicciones entre la parte dogmática y la parte orgánica –conocida como la sala de máquinas–, debido a la adopción de un modelo neoliberal que preparaba al país para el proceso de apertura económica, la Constitución de 1991 les dio esperanzas a los colombianos porque representaba un nuevo pacto fundacional que auguraba la reconciliación de la sociedad. Lo que siguió a esta fiebre constitucional fue la certeza de que la realidad es más dura de cambiar. Pero ese es otro tema.

## Referencias

- Buenahora, J. (1991). *El gran debate nacional en el proceso constituyente. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*. Tercer mundo editores.
- Cajas, M. A. (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo II. Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. Universidad de los Andes y Universidad ICESI.
- Carrillo, F. (2021). *30 años de la Constitución. 4 de julio de 1991. El movimiento estudiantil que cambió a Colombia*. Planeta.
- Cepeda, I. (2006). Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia. *Revista Cejil*, (2), 101-112.

---

78 En la edificación del Estado nacional Colombia ha tenido varias constituciones generales o nacionales. Un listado acotado nos obliga a considerar las constituciones de 1821 y 1830, en el período de la Gran Colombia (1819-1830); las de 1832, 1843 y 1853 durante la Nueva Granada (1830-1858); las cartas de 1858 y 1863 en el transcurso de la federación (1858-1886); la de 1886 en el umbral de la Regeneración (1886-1903) y, finalmente, la Constitución de 1991. En el libro *Cartas de Batalla*, Hernando Valencia (1997) hace un detallado estudio de las constituciones nacionales antes señaladas.

- Con hojas de vida que cualquier hombre envidiaría las mujeres en la constituyente. (1990, 7 de diciembre). *El Tiempo*.
- Contravía. (2005, 4 de julio). *Séptima papeleta. Parte I y II* [video]. <https://www.youtube.com/watch?v=Z1CgzPNhSgl>
- Corte Constitucional de Colombia. (1993, 12 de octubre). Sentencia T-445 de 1993 [M. P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1990, 9 de octubre). Sentencia 138. Expediente No. 2214 (351-E) [M. P. Hernando Gómez Otalora y Fabio Morón Díaz].
- Cuerpo técnico revela detalles del asesinato del magistrado Valencia. (5 de septiembre de 1990). *El Tiempo*.
- De la Calle, H. (2004). *Contra todas las apuestas*. Editorial Planeta.
- Dugas, J. (1993a). La Constitución Política de 1991: ¿Un pacto político viable? En J. Dugas, *La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?* (pp. 15-44). Fondo Editorial Cerec.
- Dugas, J. (1993b). El desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente. En J. Dugas, *La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?* (pp. 45-76). Fondo Editorial Cerec.
- El asesinato del coronel Valdemar Franklin Quintero; habla su esposa. (1990, 14 de agosto). *El Tiempo*.
- El asesinato de Rodrigo Lara Bonilla. Informe conjunto de los medios de comunicación sobre el estado de la investigación del asesinato del ministro de Justicia. (1987, 7 de septiembre). *Semana*.
- Fals, O. (1991). La accidentada marcha hacia la democracia participativa en Colombia. *Revista Análisis Político*, (14), 46-58.
- Fin de una tragedia que cambió al país. (1994, 3 de enero). *Semana*.
- García, M. (2009). Caracterización del régimen político colombiano. En M. García y J. Revelo (cod.), *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 16-83). Dejusticia.

- Gaviria, C. (1990, 14 de septiembre). Discurso del presidente de la República al instalar las comisiones preparatorias de la Asamblea Nacional Constituyente.
- González, J. (2019). *Revolución, democracia y paz. Trayectorias de los derechos humanos en Colombia (1973-1985)*. Tirant lo Blanch.
- Gutiérrez, F. (2007). *¿Lo que el viento se llevó? Los partidos políticos y la democracia en Colombia 1958-2002*. Editorial Norma.
- Gutiérrez, F. (2014). *El orangután con sacoleva: cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*. Debate.
- Gutiérrez, F. (2017). *La destrucción de una República*. Universidad Externado de Colombia.
- Gutiérrez, F. (2020). *¿Un nuevo ciclo de guerra en Colombia?* Debate.
- Herida de muerte. (1989, 31 de diciembre). *Semana*.
- Jiménez, G. (2013, 22 de julio). Entrevista realizada en el marco del proyecto de investigación La participación ciudadana en el Proceso Constituyente de 1991. Universidad de Medellín.
- La séptima opción. (1990, 26 de febrero). *El Espectador*.
- La séptima papeleta. (2011, 15 de marzo). *Semana*.
- La Unión Patriótica vuelve a la arena política. (2013, 8 de julio). *Semana*.
- Laverde, J. (2013, 12 de noviembre). Así mataron a Luis Carlos Galán. *El Espectador*.
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Lemaitre, J. (2011). *La paz en cuestión. La guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991*. Universidad de los Andes.
- Londoño, M. (2012). El juez constitucional ante la crisis de legitimidad de los órganos mayoritarios. En M. Londoño, *Constitución y democracia: la cuadratura del círculo* (pp. 51-91). Sello Editorial Universidad de Medellín.

- Londoño, M. (2014). Los colores de la montaña: la participación ciudadana en contextos violentos. En A. Botero, *Cine y Derecho* (pp. 207- 231). Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Londoño, M. (2015). Participación ciudadana: algo más que elegir y ser elegido. Un estudio desde el proceso constituyente de 1991. En M. Bocanument, M. Rojas y O. Restrepo, *Participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991* (pp. 11-48). Sello Editorial Universidad de Medellín.
- López, C. (2010). “La refundación de la patria”, de la teoría a la evidencia. En C. López (ed.), *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano* (pp. 29-78). Corporación Nuevo Arco Iris y Mondadori.
- Los estudiantes de la séptima papeleta. (2010, 8 de marzo). *Semana*.
- Los yuppies constituyentes. (1990, 12 de noviembre). *Semana*.
- Marulanda, I. (2013, 25 de febrero). Entrevista realizada en el marco del proyecto de investigación La participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991. Universidad de Medellín.
- Mejía, O. y Jiménez, C. (2005). Nuevas teorías de la democracia. De la democracia formal a la democracia deliberativa. *Colombia Internacional*, (062), 12-31.
- Melo, J. O. (2017). *Historia mínima de Colombia*. Turner publicaciones.
- Muelas, L. (2013, 4 de septiembre). Entrevista realizada en el marco del proyecto de investigación La participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991. Universidad de Medellín.
- Múnera Ruiz, L. (1999). *Los estudios sobre la participación en Colombia*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. (IEPRI), Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/75374/Estudios%20sobre%20participacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Navarro, A. (2013, 10 de abril). Entrevista realizada en el marco del proyecto de investigación La participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991. Universidad de Medellín.

- Novoa, A. (2013, 12 de abril). Entrevista realizada en el marco del proyecto de investigación La participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991. Universidad de Medellín.
- Orjuela, J. y Rodríguez, V. (1993). *Semilla en tierra seca*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Pécaut, D. (2001). *Guerra contra la sociedad*. Editorial Espasa.
- Pécaut, D. (2003). *Violencia y política en Colombia. Elementos de reflexión*. Nuevo Editores y Universidad del Valle, Facultad de Ciencias Sociales y Económicas.
- Pécaut, D. (2006). *Crónica de cuatro décadas de política colombiana*. Grupo Editorial Norma.
- Pécaut, D. (2012). *Orden y violencia: Colombia: 1930-1953*. Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- Pécaut, D. (2017). *El busca de la nación colombiana*. Debate.
- Pizarro, E. (2017). *Cambiar el futuro. Historia de los procesos de paz en Colombia (1981-2016)*. Debate.
- Por ahí puede ser la cosa. (1990, 21 de febrero). *El Tiempo*.
- Presidencia de la República de Colombia. (1991). *Propuestas de las Comisiones Preparatorias. Asamblea Constitucional*. Colombia.
- Quintero, O. (2002). Sociología e historia del movimiento estudiantil por la Asamblea Constituyente de 1991. *Revista Colombiana de Sociología*, (1), 125-151.
- Ramírez, A. (2008). Prólogo. De la ilusión a la realidad. En R. Zuluaga, *De la expectativa al desconcierto. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Reglamento de las comisiones preparatorias y las mesas de trabajo de la Asamblea Nacional Constitucional. (1990, 17 de septiembre). *El Tiempo*.
- Restrepo, C. (2009). *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo, O., Bocanument, M. y Rojas, M. (2014). *Voces de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*. Sello Editorial Universidad de Medellín.



- Ronderos, M. T. (2014). *Guerras recicladas. Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia*. Aguilar.
- Salazar, A. (2001). *La parábola de Pablo*. Editorial Planeta.
- Serpa, H. (2013, 10 de abril). Entrevista realizada en el marco del proyecto de investigación La participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991. Universidad de Medellín.
- Todavía podemos salvar a Colombia. (1989, 22 de octubre). *El Tiempo*.
- Torres, C. (2007). *De las aulas a las urnas. La Universidad del Rosario, la séptima papeleta y la Constitución de 1991*. Editorial Universidad del Rosario.
- Uprimny, R. (2001). Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En B. S. Santos y M. García, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (pp. 261-315). Tomo I. Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre.
- Uprimny, R. (2002). Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas. En V. Moncayo, C. Gaviria y R. Uprimny, *El debate a la Constitución* (pp. 55-72). Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA.
- Valencia, H. (1997). *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Fondo Editorial Cerec.
- Verano, E. (2013, 27 de febrero). Entrevista realizada en el marco del proyecto de investigación La participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991. Universidad de Medellín.
- Vote por Colombia. (1990, 6 de febrero). *El Tiempo*.



**Mykhaylo Shulga**\*

Yaroslav Mudryi National Law University (Kharkiv, Ukraine)  
promin987@gmail.com

**Marko Yurkov**\*\*

Yaroslav Mudryi National Law University (Kharkiv, Ukraine)  
marko@i.ua

## **Transformation of Land Relations in Ukraine to Market Conditions**

*Transformación de las relaciones territoriales  
en Ucrania a las condiciones del mercado*

*Transformação das relações de terra na  
Ucrânia para as condições de mercado*

**Artículo de investigación:** recibido 19/04/2022 y aprobado 15/07/2022

\* Doctor of Juridical Science, professor, Department of Land and Agrarian Law, Yaroslav Mudryi National Law University (Ukraine). Scientist and professor at the university for more than 40 years. Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine. Scientific interests in land law, agricultural law, environmental law, land reform, protection of land rights and use of land plots. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6449-284X>

\*\* PhD student, Department of Land and Agrarian Law, Yaroslav Mudryi National Law University (Ukraine). Scientific interests: privatization of land plots in Ukraine, protection of land rights. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6141-9847>

**DOI:**

<https://doi.org/10.18046/prec.v22.5487>

**Cómo citar:**

Shulga, M., Yurkov, M. (2023). Transformation of Land Relations in Ukraine to Market Conditions. *Precedente*, 22, 97-114. <https://doi.org/10.18046/prec.v22.5487>



Esta obra se distribuye a través de una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International.

## Abstract

Land ownership issues are especially important due to the historical experience of land nationalization of Ukrainian peasants. The sphere of land relations in Ukraine has undergone a process of constant reform since the country's independence. At the present stage, the abolition of the moratorium on the transfer of ownership of agricultural land is historic for Ukrainian citizens. In consequence, the clarity and transparency of legal procedures for the transfer of land ownership to citizens of Ukraine become particularly relevant.

In connection with the European vector of Ukraine's development and gradual economic integration with the European Union countries that have experience in the agricultural land market, it is important to find an appropriate legal model for regulating the circulation of agricultural land in Ukraine, using the experience of the European Union. Land lease relations, as a main means of using agricultural lands for a long time in Ukraine, are considered in the article.

The adopted Law of Ukraine "On amendments to some legislative acts of Ukraine concerning the circulation of agricultural lands" is analyzed. According to its provisions, the moratorium on the sale of agricultural land was finally canceled, which allowed landowners to freely dispose of their property. In the article, it is also proved that the main prospects for the development and functioning of the land market in Ukraine are: 1) foreign investment in Ukraine, 2) the possibility of free disposal of agricultural land plots, 3) attracting additional resources for local communities, 4) stimulating the agricultural sector, 5) increasing the efficiency of production on land.

**Keywords:** Land Law; Ukraine; Land Lease; Land Plot; Land Relations; Land Market.

## Resumen

Las cuestiones de la propiedad de la tierra son especialmente importantes debido a la experiencia histórica de nacionalización de las tierras de los campesinos ucranianos. La esfera de las relaciones territoriales en Ucrania ha estado en constante proceso de reforma desde la independencia del país. En la etapa actual, la abolición de la moratoria sobre la transferencia de propiedad de tierras agrícolas es histórica para los ciudadanos ucranianos, por lo que la claridad y transparencia de los procedimientos legales para la transferencia de propiedad de tierras a ciudadanos de Ucrania se vuelve particularmente relevante.

En relación con el vector europeo del desarrollo de Ucrania y la integración económica gradual con los países de la Unión Europea que tienen experiencia en el mercado de tierras agrícolas, es importante encontrar un modelo legal apropiado para regular la circulación de tierras agrícolas en Ucrania, utilizando la experiencia de la Unión

Europea. Las relaciones de arrendamiento de tierras como medio principal para el uso de tierras agrícolas durante un largo período en Ucrania se consideran en el artículo.

Se analiza la ley adoptada de Ucrania “Sobre las enmiendas a algunos actos legislativos de Ucrania relativos a la circulación de tierras agrícolas”. Según sus disposiciones, finalmente se canceló la moratoria a la venta de tierras agrícolas, lo que permitía a los propietarios disponer libremente de sus bienes. En el artículo también se demuestra que las principales perspectivas para el desarrollo y funcionamiento del mercado de tierras en Ucrania son: 1) inversión extranjera en Ucrania, 2) la posibilidad de libre disposición de terrenos agrícolas, 3) atraer recursos adicionales para las comunidades locales, 4) estimular el sector agrícola, 5) aumentar la eficiencia de la producción en la tierra.

**Palabras clave:** ley de tierras; Ucrania; arrendamiento de tierras; terrenos; relaciones territoriales; mercado de tierras.

### Resumo

Questões de propriedade da terra são especialmente importantes devido à experiência histórica de nacionalização de terras de camponeses ucranianos. A esfera das relações fundiárias na Ucrânia está em constante processo de reforma desde a independência do país. No estágio atual, a abolição da moratória sobre a transferência de propriedade de terras agrícolas é histórica para os cidadãos ucranianos, de modo que a clareza e transparência dos procedimentos legais para a transferência de propriedade de terras para cidadãos da Ucrânia se torna particularmente relevante.

Em conexão com o vetor europeu de desenvolvimento da Ucrânia e integração econômica gradual com os países da União Europeia que têm experiência no mercado de terras agrícolas, é importante encontrar um modelo jurídico adequado para regular a circulação de terras agrícolas na Ucrânia, usando a experiência do União Europeia. As relações de arrendamento de terras como principal meio de uso de terras agrícolas por um longo período na Ucrânia são consideradas no artigo.

A lei adotada da Ucrânia “Sobre alterações a alguns atos legislativos da Ucrânia relativos à circulação de terras agrícolas” é analisada. De acordo com suas disposições, a moratória sobre a venda de terras agrícolas foi finalmente cancelada, o que permitiu aos proprietários dispor livremente de suas propriedades. No artigo também fica provado que as principais perspectivas para o desenvolvimento e funcionamento do mercado de terras na Ucrânia são: 1) investimento estrangeiro na Ucrânia, 2) a possibilidade de alienação gratuita de terrenos agrícolas, 3) atrair recursos adicionais para as comunidades locais, 4) estimular o setor agrícola, 5) aumentar a eficiência da produção em terra.

**Palavras-chave:** direito fundiário; Ucrânia; arrendamento de terras; loteamento; relações fundiárias; mercado fundiário.

## Introduction

One of the key vectors of the transformation of the land system in Ukraine, which began since its independence and the start of the land reform in 1991, is a fundamental modernization of public administration in the field of land use and protection (Bondar, 2018). As part of such process, the legal regime of agricultural land in Ukraine has undergone a significant transformation over the years of land reform, from the monopoly of State ownership of land to the introduction of private, collective ownership, and, subsequently, to communal ownership of land, rental rights, land rights, right of the emphyteusis (Kovalenko et al., 2020).

During the 30 years of independence of Ukraine, an important part of the land reform also was a moratorium on the sale of agricultural lands. Its introduction was a result of transforming the land relations of the country after the Soviet period of its history. The considerable duration of the moratorium on land expropriation for commercial agricultural production has caused many problems in land use and protection; for example, the dominance of the lease form of land use in agricultural production, the emergence of inherited land and unclaimed land shares, the formation of the so-called “gray” market of agricultural land due to the conclusion of illegal contracts for the acquisition of land rights, etc. (Kovalenko et al., 2020). Today, the market of agricultural land can be considered an important aspect of the development of land relations and the functioning of agricultural land use. In Ukraine, it was finally opened in 2021. This event will fundamentally affect not only the development of agricultural land use, but also the development of rural areas in general. It will also contribute to the growth of gross output and added value in agriculture, as well as solve the problem of determining the real owner (user) of agricultural land.

We should mention such an important fact that the number of black soils (chernozem) in Ukraine is the largest in the world: 28 million hectares. It's 87.5% of 32.7 million hectares of all the arable land in the country, while, for example, in the European Union's leader Germany, the total arable land is only 12 million hectares. This circumstance makes the opening of the land market in Ukraine an event not only of European, but also global scale, which cannot be ignored by the world's leading players in the food market. The issue of selling Ukrainian land to foreigners is proposed to be voted on in a referendum. However, regardless of the results, there are already mechanisms in Ukraine for

the possible transfer of land ownership to foreigners. It should also be noted that the decision to open the land market in Ukraine took place during the aggravation of global instability in the world due to the pandemic, which, in turn, threatened economic and food security due to border closures and rapid increase in unemployment on a global scale. In this context, the leaders of the World Health Organization, Food and Agriculture Organization and World Trade Organization expressed their concerns about food security in a joint statement on March 31, 2020.

Today, statistics in Ukraine identify almost 41.4 million hectares of agricultural land, of which 32.7 million are arable. In Ukraine, almost 54% of lands are plowed, whereas in the Central European region only 35% are. Of these, 31 million hectares are privately owned or loaned by almost 25.3 million of landowners and land users. The structure of agricultural land use is as follows: 29% are cultivated by owners, 56% are leased, 8% are leased from the State, 7% are not cultivated. At the same time, the area of potentially the most investment-attractive for agricultural production lands with black soils (chernozems), according to various scientists, is 15.6-17.4 million hectares (Tretyak, 2019).

The sociological study by the Institute of Agrarian Economics of National Academy of Agrarian Science of Ukraine showed that only about 15-20% of Ukrainians plan to sell their land. At the same time, the share of those wishing to start their own agribusiness is no more than 20%. The predominant form of land relations for agricultural land is land lease (Land Directory of Ukraine 2020, n.d.). The total volume of the official lease market is about 17 million hectares. Currently, 4.7 million private owners lease their land. Of course, both the duration and the amount of rent play a crucial role in meeting environmental, economic and social needs. Analyzing the materials of the State Land Cadastre for the expiration of lease agreements in the Narizhanska village council of Semenov district of Poltava region, and assuming that the minimum lease term is 7 years, it should be said that in 2021 only about 2% of owners will be able to sell their land plots or re-sign lease agreements; in 2022, 27%; in 2023, 8%; in 2024, 6%; in 2025, 10%; in 2026, 27%; in 2027, 19%, and about 1% of land is not leased (Kolisnyk & Trokhymenko, 2021). This situation demonstrates moderately restrained forecasts for the launch of agricultural land, although the actual lease term may be much longer than assumed.



Ukraine's potential as one of the largest producers of agricultural products in Europe is extremely high, but, unfortunately, it is not fully realized. As the experience of European countries shows, efficient agricultural activity can take place under the condition of the functioning of the agricultural land market, which allows producers to acquire agricultural land in a competitive manner and use it more rationally with care for their property.

## Methodology

The methodological basis of the work is a system of general scientific and special methods, which allowed studying the processes and phenomena, in their relationship, and solve scientific and applied problems. The dialectical method accompanied the whole process of this study and allowed considering the development of land relations in Ukraine, to formulate views on improving the current legislation of Ukraine and to suggest ways to achieve these goals. The forecast of the impact of the proposed changes or additions to the current legislation of Ukraine, which regulates the studied social relations, was made using the modeling method. The method of comparative legal analysis allowed to compare the market of agricultural land in Ukraine and other countries. The abstract-logical method was used to generalize the components of the mechanism for ensuring the development of the agricultural land market, to formulate conclusions. An economic and statistical method was used in the analysis of the current state and in forecasting the prospects of agricultural production in Ukraine and the world.

## Lease of agricultural land

Economists define the land market as a special area of the commodity economy in which there are economic relations for the sale, pledge, lease and exchange of land, aimed at efficient economic activity and use of this resource from the standpoint of environmental security. They also note that the market of agricultural land in Ukraine, which is understood as a set of agreements on land turnover and rights of use and possession, is in its infancy (Palamarchuk & Matviychuk, 2011).

Thus, since 2002, due to the ban on the sale or other methods of alienation of certain types of agricultural land provided for in paragraph 15 of Section X "Transitional Provisions" of the Land Code of Ukraine, the land market in the

form of sale was virtually blocked. Therefore, the lease of agricultural lands was the main type of agreements on the acquisition of land rights in this category of land plots (Shvorak & Yevsyukov, 2014). For a long period, it accounted for about 90% of all transactions with land plots. In view of this, it can be concluded that, in fact, during almost the entire period of the Land Code of Ukraine (since 2002), the land market in Ukraine existed in the form of lease of agricultural land. As it is stated in the legal literature, leasing of agricultural lands for over 28 years was in fact the only mechanism for their market circulation, which enabled the realization of interests of landowners and land users in the field of land relations on a contractual and competitive basis (Fedchyshyn et al., 2020). Thus, we can conclude that in Ukraine the land market in the form of land lease developed earlier and faster than the land market in the form of purchase and sale.

In some countries, land lease is also the main form of acquisition of agricultural land rights. Thus, in Belgium, tenants use 68% of agricultural land, while in France they use 53%. The popularity of land leases lies in economic factors such as the cheapness of acquiring land rights, which saves capital that can be invested in agricultural production. In general, in Belgium, France, Luxembourg, Great Britain, Germany and the Netherlands, farmers traditionally prefer not to buy land plots, but to lease them (Yermakov & Bohach, 2014). Economically successful countries such as the Netherlands and Israel have built their land relations on the right of lease.

The European Union's Joint Strategy for Ukraine, approved by the European Council on 11 December 1999, provides for land reform to support Ukraine's economic transformation, which is necessary to ensure, inter alia, that long-term land leases can be used as collateral for loans, which can ensure the growth of investments in the agricultural sector. Also, in 2016, the Government of Ukraine proposed to reform land relations by introducing the sale of the right to lease agricultural land.

The leased form of the market for agricultural land is the most acceptable, especially in the context of the global trend of large-scale acquisition of agricultural land rights by foreigners. In addition, the legislator does not restrict any of the categories of entities that can use land on lease (Fedchyshyn et al., 2018). After all, if the right to lease land is sold, the right of ownership remains with the landowners, who are mostly individuals and legal entities, State bodies and local governments of Ukraine (Article 4 of the Law of Ukraine On Land

Lease). In addition, in the conditions of the land market in the form of lease rights, agricultural lands will be distributed among the most efficient agricultural producers, and therefore they will be processed more efficiently and rationally.

It seems appropriate to further regulate the lease relationship as a property right, because it will allow tenants (agricultural producers) to increase the capital of their economy and attract new investments, to force the right to lease agricultural land.

It is also worth noting that in recent years in Ukraine there have been positive steps towards the deregulation of land-lease relations, which contributes to the development of the land market. Thus, the Law of Ukraine “On amendments to some legislative acts of Ukraine on simplification of conditions for doing business (Deregulation)”, dated February 12, 2015, reduced the number of essential terms of the agreement from eleven to three, and abolished mandatory annexes to the lease agreement. Currently, Article 15 of the Law of Ukraine On Land Lease provides for such essential conditions of the land lease agreement as the object of lease, the term of the lease agreement and the rent amount.

An essential condition of the land lease agreement is the rent: indicating its amount, indexation, method and conditions of calculation, terms, procedure for its introduction and revision and liability for non-payment. In land law science, V. Sydor (2009) notes that rent is the economic incentive that forces the owner to lease his/her land plot.

In countries like Denmark, Greece or Ireland, the parties to the land lease agreement independently agree on the amount of rent. In Belgium, the Netherlands, Spain and Portugal, the level of rent is established by law. In these countries such payments are made in cash, based on the potential harvest and prices from previous years (Bohach, 2014). In France, rents are based on the value of basic agricultural products over the past five years. The owner of the land plot and the tenant choose the list of products, the prices of which will determine the amount of rent. The cost of the selected set should not exceed 20% of the value of agricultural products for the last 5 years grown on leased land. In the Netherlands rental rates are determined according to the type of agricultural land, and additional payments are made as measures to preserve land fertility. The rent is reviewed every 3 years due to the need to reassess the quality of the land. The maximum amount of rent is regulated by the State.

In general, it should be noted that in the European Union there are three ways to determine the level of rent: 1) rent is 50% of total entrepreneurial income;

2) rent - at the level of the bank rate (5% and below); 3) rent is 5-15% of the total income of farmers (Yermakov & Bohach, 2014).

Article 21 of the Law of Ukraine On Land Lease defines the rent for land plot as a payment that the tenant pays to the owner for the use of land plot in accordance with the land lease agreement. When renting privately owned land plots, the amount, conditions, and terms of payment of land rent are set by agreement of the parties in the lease agreement. If land plots of state or communal property are leased, the amount of rent is set in the lease agreement, but the annual amount of payment may not be less than 3% and may not exceed 12% of the normative monetary value of the leased land plot. The exception to the maximum rent limit is the case when the tenant is determined on a competitive basis (Article 288 of the Tax Code of Ukraine). The tax period for the payment of rent is 1 year (Article 285 of the Tax Code of Ukraine). According to the Ministry of Economy, the average cost of renting a hectare of land in Ukraine is 1,700 UAH (55 EUR) per year. After the introduction of the market of agricultural lands, it may increase to 4,000 UAH (130 EUR) in 2024. At the same time, due to the growth of competition, the productivity of agricultural lands will increase by 6% annually. According to the government, the average cost of a hectare of land after the opening of the market will be about 2,000 EUR; however, in the case of a ban on the sale of land to foreigners, this amount may be lower.

Talking about the terms of the land lease agreement, we have to say that the maximum lease term should not exceed 50 years. When leasing agricultural land plots for commercial agricultural production, farming, personal farming, the minimum lease term is 7 years. The Law of Ukraine “On amendments to some legislative acts of Ukraine concerning the establishment of the minimum lease term for agricultural land on hydrotechnical reclamation”, dated September 20, 2016, sets a minimum term of 10 years for the lease of reclaimed land plots and those land plots on which hydraulic reclamation is carried out. In the field of land relations, such a minimum lease term will help attract investment in agriculture, construction of reclamation systems, the use of long crop rotations and the reduction of chemicals (OECD, 2015). However, at present, individuals do not have the opportunity to acquire the right to lease agricultural land for a short period, for example, for apiary placement, cattle grazing, harvesting, etc.

In our opinion, the lease of agricultural land is the most effective legal mechanism that will stimulate the attraction of foreign investment for the

purposes of sustainable development of rural areas without the acquisition of agricultural land use rights. Such proposals have already found their normative enshrinement in the Strategy for Promoting Private Investment in Agriculture until 2023 (Cabinet of Ministers of Ukraine, 2019). Ukraine's rural areas have great natural, climatic, industrial, intellectual, innovative, and marketing potential, capable of ensuring competitive production, stable economic growth and, consequently, a high level and quality of life for the rural population (Sharapova et al., 2021). In addition, legal instruments to stimulate the attraction of foreign investment for the purposes of sustainable development of rural areas, without the acquisition of agricultural land use rights, may be:

- state support of agricultural service cooperatives and other agricultural and non-agricultural enterprises established with the involvement of foreign investment;
- partial compensation by the state for the construction of facilities for storage and processing of agricultural products;
- exemption of carriers of agricultural products by river transport from payment of excise duty on fuel;

Such measures will guarantee the right of the local population to access land resources, the right to work at the place of residence and food security of the State.

## Ownership of agricultural land and land market

The moratorium on the sale of agricultural land was a major obstacle to attracting investment and unlocking agriculture. Ukraine itself is a good example of the impact of the moratorium that has been in place for a long time. Rural economy and quality of rural life was constantly decreasing, small farming agriculture was stagnating or decreasing, the state farmland was used inefficiently and non-transparently (Nivievskiy et al., 2016). It has undermined land tenure security and investment incentives that increase productivity and sustainable land management, for example, by investing in irrigation systems, perennial crops, and crop rotation. Clearly, limited investment has undermined farmers' ability to grow their production and switch to labor-intensive goods with increased added value. The moratorium also hampered the financing of small

producers, as land could not be used as collateral for obtaining it. Lack of access to financial resources prevented small and medium-sized farmers from developing and producing higher value-added products, and the moratorium deterred landowners from selling, pledging and other traditional operations.

Deininger et al. (2009) used a panel for India spanning almost 20 years, combined with an indicator of climatic (rainfall) shocks, analyzed factors underlying market mediated land (sale and purchase) transactions and their impact on productivity and equity. Economic growth emerges as a key driver of such markets, although shocks also increased market activity. Land sales improved productivity and helped purchasers, many of them formerly landless, to accumulate non-land assets and enhance their welfare.

Also, we can suppose that the cancelation of the moratorium and the opening of a transparent and efficient agricultural land market is a factor that could contribute to a 0.5-1.5% annual economic growth in Ukraine.

Therefore, on March 31, 2020, the Law of Ukraine “On amendments to some legislative acts of Ukraine concerning the circulation of agricultural lands” was adopted, which allows the sale of these lands. The launch of the land market in Ukraine took place on July 1, 2021. In practice, this means that 41 million hectares of agricultural land, which was subject to the moratorium, have entered the market. Most of this land, almost 28 million hectares, is shared by peasants; another 10.5 million hectares (25% of all agricultural land) are in state and communal ownership.

The land market will be launched in two stages. During the first stage, from July 1, 2021, only citizens of Ukraine as individuals will be able to buy land. But a single Ukrainian has the right to own no more than 100 hectares at a time. During the second stage, from January 1, 2024, both ordinary Ukrainians and legal entities will have the right to buy agricultural land. The amount of land that one person can own will increase to 10,000 hectares. If a citizen owns a share in the authorized (composed) capital, in the mutual fund of a legal entity or in individual shares, it is considered that, in addition to land owned by him, he also owns the right to own land in total area, equal to the area owned by the legal entity of which he is a member, multiplied by the size of the share of such a citizen, expressed as a percentage, in the authorized (composed) capital, share fund of this legal entity. It is the second stage that may negatively affect the development of agriculture in Ukraine. After all, during the crisis, not all domestic farmers (mostly small and medium-sized) will be able to raise enough

capital to purchase such many hectares of land. That is, Ukrainians should be able not only to sell land, but also to buy it.

As for foreigners, stateless persons, and foreign legal entities, they will be able to obtain such a right only if they are allowed to do so in a referendum. However, if this land plot is located closer than 50 km from the state border of Ukraine, foreign citizens will not be able to buy it even after the referendum. We believe that this law will help ensure the implementation of private property rights to agricultural land and will expand investment opportunities for the development of the domestic agricultural sector.

Until January 1, 2030, the sale price of agricultural land allocated in kind (on the ground) to the owners of land shares (units) may not be less than their regulatory monetary value. Payments are made in cashless form.

It is not allowed to acquire the right of ownership of land under repayment agreements in the absence of the acquirer of the right of ownership of documents confirming the sources of funds or other assets from which such a right is acquired. The sale of agricultural land of state and communal ownership is prohibited.

The purchase and sale of land can be carried out only in compliance with the preemptive right. The preemptive right may be transferred to another person, but the transferring entity must notify the landowner in writing.

Citizens who have the right to permanent use, the right to lifelong inheritance of land plots of state and communal property intended for family farming, as well as tenants of land plots who acquired the right to lease land by reissuing the right of permanent use of these land plots before 2010, have the right to repurchase such land plots with payment in installments of up to ten years at a price equal to the normative monetary value of these land plots, without holding land auctions.

The World Bank supported Ukraine's adoption of this law and advised the adoption of several of the following provisions as soon as possible to ensure the transparency of the land market. The launch of the land market was also supported by several large business associations, both Ukrainian and European: the European Business Association, the Ukrainian League of industrialists and entrepreneurs and the Ukrainian Agrarian Business Club. However, they also stressed that land reform should consider all the nuances: from the work of a single state system of land information (cadastre) to soil protection policy.

At the same time, Ukrainian farmers are concerned that the adopted law will have some negative consequences. Namely, that in the crisis it will lead to the sale of their lands by the peasants cheaper than it would be under other conditions. Preemptive right regulation is a common type of restriction which is a first right of refusal in favor of a target group (e.g., village members, land plot users, etc.). For this provision to be effective, however, it needs to be accompanied by effective mechanisms for financing purchases of land by those who wish to exercise the first right. An extreme case of this option is an outright ban on sales outside of the defined group or ban on sales to foreigners. This ban, however, is likely to lead to a fall in the value of the land for such groups, and correspondingly to a drop in its collateral value (Brandao & Feder, 1996). Ferguson et al. (2006) assess quantitatively this effect in Canada. In 1974, the Saskatchewan government put in place a restriction on the amount of farmland nonprovincial residents and nonagricultural corporations could own in the province. The analysis shows that the regulation lowered Saskatchewan farmland prices by an average of 4 to 34 US\$/acre.

Thus, the introduction of the land market is a major change in the life of Ukrainian society. However, the domestic economy faced certain obstacles. Among them: the degree of readiness of peasants to become major participants in the land market, given today's conditions in the country, and the need for foreign participation and investment. The issue of establishing an institution that will control the transparent sale of land and the future fate of sold land remains unresolved.

Therefore, the opening of the land market involves ensuring the sale of private ownership of agricultural land at the appropriate level. At the same time, it aims to create a number of deterrent mechanisms focused on protecting the rights of landowners and preserving land as the main wealth of Ukraine. It is obvious that in the process of practical implementation of the outlined norms there will be a need for their modernization of the processes of land circulation.

In our opinion, the main prospects for the functioning of the land market are as follows:

- (a) the opening of the land market will facilitate the inflow of foreign investment into Ukrainian businesses, which will increase the competitiveness of the economy in both domestic and foreign markets, to achieve a positive socio-economic effect for economic growth;



- (b) legalization of the land market will help Ukrainian citizens to freely dispose of their land, which will not only increase the possibilities of self-determination of its use, but also allow them to decide on the lease, cultivation or sale of land;
- (c) the functioning of the land market will help attract resources to local communities, which will allow the right to independently manage land resources, create new jobs within the community and stimulate the development of entrepreneurship;
- (d) cancelation of the moratorium on the Ukrainian land market will stimulate the agricultural sector in general and allow the market to set high land prices, which will contribute not only to the development of land business, but also to the de-shadowing of much of Ukraine's economy;
- (e) the opening of the land market will increase the efficiency of agricultural production and ensure that the needs of the population in carrying out market operations with land are met.

Adherence to these prospects will ensure the transition of the Ukrainian economy to the leading path of development, considering the experience of the European leading countries.

## Conclusion

As of today, and in view of all the above, it can be stated unequivocally that the launch of the land market is a worthwhile investment in the future of Ukraine. This is a significant impetus for the improvement of all socio-economic and agricultural spheres of life. The development of the land market is promising, as it will help to improve transport and social infrastructure in rural areas. Investors will be interested in creating and promoting the development of diverse and necessary social works for the Ukrainian population. The formation of the land market and attracting transparent investment, taxes on agricultural land, land procedures, taxes on economic activities of related businesses and the general growth of economic activity of the rural population will strengthen the economic development of the State. Reasonable restrictions and safeguards on the subject composition of agricultural land buyers, along with transparent mechanisms for auctions and proper documentation, will ensure a balanced land market model that meets Ukraine's strategic interests.

## References

- Bohach, L. (2014). The state and trends in the formation of land lease relations of agricultural enterprises. *Bulletin of the Petro Vasylenko Kharkiv National Technical University of Agriculture*, 150, 82–90.
- Bondar, O. (2018). Public administration in the field of land use and protection and state land policy in Ukraine: problems of correlation. *Baltic Journal of Economic Studies*, 4(3), 22-27. <http://baltijapublishing.lv/index.php/issue/article/view/419/pdf>
- Brandao, S., Feder, G. (1996). *Regulatory Policies and Reform: The Case of Land Markets*. World Bank PSD Occasional Paper No. 15.
- Deininger, K., Jin, S., Nagarajan, H. K. (2009). Determinants and Consequences of Land Sales Market Participation: Panel Evidence from India. *World Development*, 37(2), 410–421. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0305750X08002313?via%3Dihub>
- Fedchyshyn, D., Ignatenko, I., Leiba, L. (2020). Land-Use Rights for Agricultural Land in Ukraine. *Ius humani – Revista de derecho*, 9(1), 159-178. <https://www.iushumani.org/index.php/iushumani/article/view/215/254>
- Fedchyshyn, D., Ignatenko, I., Shulga, M. (2018). Legal principles of organic production in Ukraine: realities and prospects. *Economics of agriculture*, 65(4), 1513-1528. <https://www.ea.bg.ac.rs/index.php/EA/article/view/370/1162>
- 112 Ferguson, S., Furtan, H., Carlberg, J. (2006). The political economy of farmland ownership regulations and land prices. *Agricultural Economics*, 35(1), 59–65. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1574-0862.2006.00139.x>
- Kolisnyk, H., Trokhymenko, I. (2021). Prospects of agricultural land use formation in the conditions of introduction of the agricultural land market in Ukraine. *Land management, cadastre and land monitoring*, 1, 64-76. <http://journals.nubip.edu.ua/index.php/Zemleustriy/article/view/14711>
- Kovalenko, T., Sarkisova, T., Kolomiitseva, D., Marchenko, S., Siuiva, I. (2020). Legal Regulation of Agricultural Land Circulation in Ukraine: Problems and Prospects. *Amazonia Investiga*, 9(25), 302-309. <https://amazoniainvestiga.info/index.php/amazonia/article/view/1070/983>

- «Land Directory of Ukraine 2020» - a database of the country's land fund. (n.d.). Retrieved July 30, 2022, from <https://agropolit.com/spetsproekty/705-zemelniy-dovidnik-ukrayini--baza-danih-pro-zemelniy-fond-krayini>
- Law of Ukraine “On amendments to some legislative acts of Ukraine concerning the circulation of agricultural lands” No. 552-XI. (March 31, 2020). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/552-20#Text>
- Mitigating the impact of COVID-19 on trade and food markets. Joint statement by the Directors General of WHO, FAO and WTO. (March 31, 2020). <http://www.fao.org/news/story/ru/item/1268973/icode/>
- Nivievskiy, O., Nizalov, D., Kubakh, S. (2016). Restrictions on farmland sales markets: a survey of international experience and lessons for Ukraine. *Project «Capacity Development for Evidence-Based Land & Agricultural Policy Making in Ukraine»*. [https://www.researchgate.net/publication/299602199\\_Restrictions\\_on\\_farmland\\_sales\\_markets\\_a\\_survey\\_of\\_international\\_experience\\_and\\_lessons\\_for\\_Ukraine](https://www.researchgate.net/publication/299602199_Restrictions_on_farmland_sales_markets_a_survey_of_international_experience_and_lessons_for_Ukraine)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) (2015). Sector Competitiveness Strategy for Ukraine - Phase III: Agricultural Investment Policy: Ukraine. (n.d.). Retrieved July 30, 2022, from [https://www.oecd.org/eurasia/competitiveness-programme/eastern-partners/Agricultural\\_Investment\\_Policies\\_Ukraine\\_ENG.pdf](https://www.oecd.org/eurasia/competitiveness-programme/eastern-partners/Agricultural_Investment_Policies_Ukraine_ENG.pdf)
- Palamarchuk, L., Matviychuk, O. (2011). Prospects for the development of the agricultural land market. *Agrosvit*, 22, 7-8.
- Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine “Strategy for Promoting Private Investment in Agriculture until 2023” No. 595-p. (July 05, 2019). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/595-2019-%D1%80#Text>
- Sharapova, S., Lisova, T., Bredikhina, V., Lialiuk, O. (2021). Improvement of Land Relations in the Context of Sustainable Development of Rural Areas in Ukraine. *Journal of Environmental Management and Tourism*, Vol. XII (Winter), 7(55), 1900-1906.
- Shvorak, A., Yevsyukov, T. (2014). Ways and methods of consolidation of agricultural lands. *Economics of nature management*, 8, 44-48.
- Sydor, V. (2009). The concept and content of land lease relations. *Journal of Kyiv University of Law*, 1, 230-234.

Tretyak, A. (2019). *Land market economics: basic principles of theory, methodology, practice*. SPOLOM.

Yermakov O., Bohach L. (2014). *Development of land lease relations of agricultural enterprises*. Lysenko publishing.

**Inna Rakipova**\*

National University “Odesa Law Academy” (Odesa, Ukraine)  
innamudrak99@i.ua

**Oleksandr Torbas**\*\*

National University “Odesa Law Academy” (Odesa, Ukraine)  
torbasol@hotmail.com

**Vladlena Voloshyna**\*\*\*

National University “Odesa Law Academy” (Odesa, Ukraine)  
volvl77@hotmail.com

**Denys Shylin**\*\*\*\*

National University “Odesa Law Academy” (Odesa, Ukraine)  
shylindenys@outlook.com

**Anastasiia Pidgorodynska**\*\*\*\*\*

National University “Odesa Law Academy” (Odesa, Ukraine)  
pidgorodynska@hotmail.com

**Ensuring Rights of Victims Under the  
Criminal Procedure Code of Ukraine: Current  
Issues and Prospects**

*Garantía de los derechos de las víctimas  
en virtud del Código de Procedimiento Penal de Ucrania:  
problemas actuales y perspectivas*

*Garantir os direitos das vítimas sob o Código de Processo  
Penal da Ucrânia: questões atuais e perspectivas*

Artículo de investigación: recibido 05/11/2022 y aprobado 02/01/2023

\* Ph.D., Associate Professor of the Department of Criminal Procedure, Detective and Operational Activities, National University «Odesa Law Academy». Area of scientific interests: victim in criminal proceedings, criminal procedural communication, human rights communication of the victim in criminal proceedings. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2456-0515>

\*\* Doctor of Legal Science, Professor of the Department of Criminal Procedure, Detective and Operational Activities, National University «Odesa Law Academy». Area of scientific interests: pre-trial investigation, discretion in criminal proceedings. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1465-4238>

\*\*\* Ph.D., Associate Professor of the Department of Criminal Procedure, Detective and Operational Activities, National University «Odesa Law Academy». Area of scientific interests: research of the system of principles of criminal proceedings, peculiarities of the implementation of the principles of criminal proceedings at certain stages of the criminal process. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8772-4172>

\*\*\*\* Ph.D., Associate Professor of the Department of Criminal Procedure, Detective and Operational Activities, National University «Odesa Law Academy». Area of scientific interests: theory of evidence in the criminal process, evidentiary law, prejudice in the criminal process. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8990-3534>

\*\*\*\*\* Ph.D., Associate Professor of the Department of Criminal Procedure, Detective and Operational Activities, National University «Odesa Law Academy». Area of scientific interests: international cooperation in the criminal process; international criminal process. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6822-2409>

**DOI:**

<https://doi.org/10.18046/prec.v22.5807>

**Cómo citar:**

Rakipova, I., Torbas, O., Voloshyna, V., Shylin, D., Pidgorodynska, A. (2023). Ensuring Rights of Victims Under the Criminal Procedure Code of Ukraine: Current Issues and Prospects. *Precedente*, 22, 115-141. <https://doi.org/10.18046/prec.v22.5807>



## Abstract

Legal regulation and practical issues of ensuring of rights of victims under the Criminal Procedure Code of Ukraine are considered in the article. The criminal procedure legislation of Ukraine lacks legal regulation of the mandatory participation of a lawyer representing the victim in criminal proceedings. This situation puts the participants of proceedings in an unequal position. Victims during the trial and in court are unable to properly defend their legitimate interests due to lack of legal awareness. The authors also state that the participation of the victim's representative in the conclusion of the conciliation agreement should be mandatory. The cases in which victims can receive free legal aid have been analyzed. It is proposed to define the cases of mandatory participation of the representative of victims in the current legislation of Ukraine.

**Keywords:** Victim; Legal Representative; Free Legal Aid; Rights of Victims; Conciliation Agreement; Criminal Proceedings.

## Resumen

La regulación legal y las cuestiones prácticas de garantizar los derechos de las víctimas en virtud del Código de Procedimiento Penal de Ucrania son consideradas en el artículo. La legislación procesal penal de Ucrania carece de regulación legal para la participación obligatoria de un abogado que represente a la víctima en los procesos penales. Tal situación pone a los participantes de los procedimientos en una posición desigual. Las víctimas durante el juicio y en los tribunales no pueden defender adecuadamente sus intereses legítimos debido a la falta de conocimiento legal. Los autores también afirman que la participación del representante de la víctima en la celebración del acuerdo de conciliación debe ser obligatoria. Se han analizado los casos en los que las víctimas pueden recibir asistencia jurídica gratuita. Se propone definir los casos de participación obligatoria del representante de las víctimas en la legislación vigente de Ucrania.

**Palabras clave:** víctima; representante legal; asistencia jurídica gratuita; derechos de las víctimas; acuerdo de conciliación; proceso penal.

## Resumo

A regulamentação legal e questões práticas de garantia dos direitos das vítimas sob o Código de Processo Penal da Ucrânia são consideradas no artigo. A legislação processual penal da Ucrânia carece de regulamentação legal da participação obrigatória de um advogado que representa a vítima em processo penal. Tal situação coloca os participantes do processo em posição desigual. As vítimas durante o julgamento e em tribunal não conseguem defender devidamente os seus legítimos interesses por falta de

consciência jurídica. Os autores também afirmam que a participação do representante da vítima na celebração do acordo de conciliação deve ser obrigatória. Foram analisados os casos em que as vítimas podem receber assistência jurídica gratuita. Propõe-se definir os casos de participação obrigatória do representante das vítimas na atual legislação da Ucrânia.

**Palavras-chave:** vítima; representante legal; assistência judiciária gratuita; direitos das vítimas; acordo de conciliação; processo penal.



## Introduction

Protection of the victim's rights, freedoms, and legitimate interests, based on Article 2 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, is the main task of criminal proceedings; the essence of the criminal process. In criminal proceedings, the lawyer plays an important role in ensuring the rights and legitimate interests of not only the suspect or accused, but also the victim, whom they may represent during the pre-trial investigation and trial. After all, according to Part 1 of Article 58 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the victim in criminal proceedings may be represented by a representative: a person who is entitled to be a defense counsel in criminal proceedings. It seems that an important procedural condition for the realization of the rights and legitimate interests of the victim in criminal proceedings is to give them the right to professional legal assistance, guaranteed by Article 59 of the Constitution of Ukraine. In cases provided by law, this assistance must be provided at no cost.

It should be agreed that in some cases it is difficult for a person to fully exercise the rights guaranteed by the Constitution without the right to legal aid, as the procedural legislation of Ukraine is quite formalized (Shapoval, 2015, p. 355). In this regard, Hroshevyi (1998, p. 126) stressed that the procedural rights of the victim are, first, guarantees of the constitutional rights and freedoms belonging to this person. Therefore, such rights must be adequate to their fundamental rights and freedoms, i.e., be sufficient and suitable for their protection. Such guarantees are the right to qualified legal assistance, as well as the victim's right to access to justice and compensation for damage. Since the right to legal aid is constitutional, in the legal literature, there are propositions to add one more right for the victim in Part 1 of Article 56 of the Criminal Procedure Code of Ukraine: "to receive assistance from a lawyer at the expense of the state" (Solonyova, 2015, p. 141).

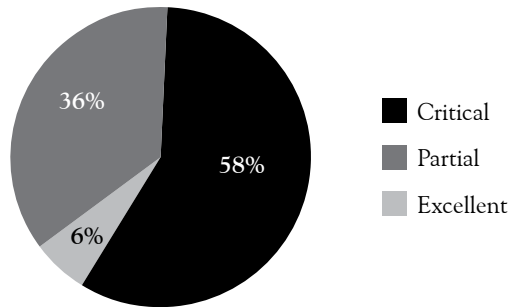
## Methodology

The methodological basis of the article is determined by the purpose and methods used to solve the tasks of the research. The authors have used the general scientific and special-legal methods of scientific knowledge. Among the general scientific methods used were the dialectical method, which accompanied the entire process of this study and allowed for the consideration of the legal institute of representatives in the criminal procedure of Ukraine, formulate

ways for its improvement within the current legislation of Ukraine and propose ways to achieve these goals; and the method of system analysis, which gave an opportunity to investigate the nature of the institute of representatives. The special-legal methods include: the method of comparative legal analysis allowed comparing the system of the provision of free legal aid to victims in different countries. With the help of the formal legal method, the content of the norms of law regulating social relations in this area was disclosed.

Additionally, the sociological method was used to clarify the problems of certain issues under study. The questionnaire was addressed to both scientists and practitioners, as well as victims of criminal proceedings. Additionally, 31 investigators from the Investigative Department of the Main Directorate of the National Police of Ukraine in Odesa region were interviewed, including 19 investigators from the Transport Crimes Investigation Department of the Investigation Department of the Main Directorate of the National Police of Ukraine in Odesa region, 7 investigators from the Investigation Department of the Main Directorate of the National Police of Ukraine in Zhytomyr region, 36 victims, and 50 pedagogical staff. The results of the survey showed that the current state of ensuring the rights of victims in criminal proceedings is assessed as: 1) critical: rights are insufficiently provided (58%), 2) partial: rights are partially provided, and the mechanism of realization of certain rights of the victim is not provided by the Criminal Procedure Code of Ukraine (36%), 3) excellent: rights are fully provided (6%) (Figure 1). 95% of respondents unequivocally agreed on the need to recognize the victim as a subject of the right to free legal aid in criminal proceedings, if: 1) he/she is unable to engage a representative; 2) he/she will express such a wish; 3) the investigator, prosecutor, investigating judge, and court have come to this conclusion, pointing out, in particular, the need to clearly define in law the cases in which such legal assistance should be provided to a victim of a criminal offense.

**Figure 1**  
**Level of ensuring the rights of victims in criminal proceedings in Ukraine**



### **Legal regulation of mandatory participation of the victim's representative in the criminal proceedings in Ukraine**

The existence of legal conflicts and gaps in the current procedural law, the lack of systematic implementation of legal positions and the case law of the European Court of Human Rights indicate the need for reform of the Ukrainian national legislation in order to bring it in line with generally accepted European standards in the field of human rights (Mudrak et al., 2019a, p. 389).

Some European countries have linked the provision of free legal aid to victims to specific offenses, so that certain groups of victims have unconditional access to it or to some of its forms. The latter include victims of gender-based violence, terrorism, human trafficking (Spain), murder, grievous bodily harm, rape, children and dependents of the deceased (Romania). Other crimes include, for example, threatening witnesses and violence against civil servants (Denmark). Austria provides the right to free legal aid to victims if representation in court is in the interests of the administration of justice and the effective enforcement of claims for damages, and if they are unable to pay for their own legal services. Austria provides specialized legal aid to certain groups of victims, such as victims of crimes against sexual freedom and sexual integrity, violence or threats to life (§ 65 and § 66 of the Criminal procedure code of Austria).

The Criminal Procedure Code of the Czech Republic (Article 43) and the Law "On Victims of Crime" (§ 2) guarantee the provision of free legal aid to such categories of victims who are unable to pay the costs of representing

their interests in court, namely, particularly vulnerable victims of crime (for example, children, persons with physical, mental, psychological or sensory disabilities, victims of trafficking, victims of sexual violence or atrocities or threats of violence, if in a particular case there is an increased risk of secondary victimization due to their individual characteristics such as age, sex, race, nationality, sexual orientation, religion, health, maturity or ability to express themselves). Victims who have suffered significant damage to their health, relatives of individuals who died because of the crime, as well as children and minors are always entitled to free legal aid, regardless of whether they can afford to pay for their interests in court. Belgium provides free legal aid to all victims.

Timely involvement of a person as a victim in criminal proceedings, acquaintance with their procedural rights and actively participating in the proceedings as the victim and through representatives of their legitimate interests, such as a representative and legal representative, are important. This should be done to ensure that the rights and legitimate interests of the victim are considered throughout the criminal proceedings and in any procedural decisions made based on the results of such proceedings (Shybiko, 2013, p. 308).

At the same time, we believe that the issue of limiting the number of representatives of the victim in criminal proceedings should be resolved in a similar manner as Part 3 of Article 46 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, which states that no more than five defense counsels of one defendant may participate in the trial at the same time. However, in our opinion, a limit should be set on the number of defense counsels - both defenders of the suspect and representatives of the victim - and at the stage of pre-trial investigation. This is due to the possibility of excessive delay (for example, when reviewing the materials of criminal proceedings, etc.), which can lead to violations of reasonable time of criminal proceedings. It is suggested that Part 3 of Article 46 of the Criminal Procedure Code of Ukraine should clearly state that no more than five defense counsels of one defendant may participate in criminal proceedings at the same time, which will be consistent with the title of this article. Also, Part 4 of Article 58 of the Criminal Procedure Code of Ukraine should be amended and worded as follows:

“4. The representative enjoys the procedural rights of the victim, whose interests he represents, in addition to procedural rights, the implementation of which is carried out directly by the victim and cannot be entrusted to the representative.

No more than five representatives of one victim may take part in the criminal proceedings at the same time”.

The criminal process is a legal mechanism that protects and ensures individual rights as per the law on criminal responsibility. Implementing of the procedural rights of the victim as a participant in criminal proceedings, restoring their property and other violated rights is a criminal procedural activity aimed at protecting the interests of the victim as a subject of criminal proceedings. In other words, we believe that it is a protective activity carried out by the victim or their legal representative.

The absence of mandatory legal representation for victims in criminal proceedings puts the participants in an unequal position. It follows that, on the side of the suspect, the accused in the cases provided for in Article 52 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, there is a qualified lawyer. However, the victim does not have such legal assistance from the state, except as provided under the Law of Ukraine “On Free Legal Aid”. Therefore, it is quite logical to propose to settle the cases of mandatory participation in the proceedings of a lawyer - a representative of the victim, with the cost of such services being covered by the state budget. In the scientific literature, attention has been repeatedly drawn to the expediency of determining in the Criminal Procedure Code of Ukraine the cases in which the participation of the victim’s lawyer is mandatory (Herasymchuk, 2011; Ablamskyi, 2014; Iskanderova, 2016; Dubivka, 2017).

*De jure*, it can be stated that a victim in criminal proceedings in some cases may receive free secondary legal aid (Part 1 of Article 14 of the Law of Ukraine “On Free Legal Aid”). However, there is an urgent need to address the issue of increasing access to legal assistance for victims. Given the low subsistence level and high cost of legal services in Ukraine, it is impossible to guarantee free secondary legal aid to socially vulnerable groups of the population who are *de facto* victims. Furthermore, other categories of victims need such legal assistance.

It is worth noting the draft Law “On Amendments to Certain Laws of Ukraine on Facilitating Access to Free Legal Aid and Improving the Quality of Its Provision” dated September 7, 2015, the draft Law “On Amendments to Article 14 of the Law of Ukraine “On Free Legal Aid” to increase the availability of free secondary legal aid for individual participants in criminal proceedings”, dated October 20, 2015. These drafts are about facilitating access to such assistance for socially vulnerable groups, clarifying the legal status and powers of centers for free secondary legal aid, and so on. The Draft Law “On Amendments to

Certain Legislative Acts of Ukraine on Facilitating Access to Free Legal Aid and Improving the Quality of its Provision”, dated February 19, 2021, expanded the criterion of low-income for persons with disabilities to ensure their access to free legal aid, as well as the right to legal aid for victims of trafficking, domestic violence or gender-based violence.

Access to free legal aid is crucial for protecting the rights and interests of victims in criminal proceedings, particularly in preventing secondary victimization of vulnerable victims. Such a problem is especially relevant today and sounds extremely pressing in the conditions of martial law in Ukraine.

In an effort to resolve it, on May 3, 2022, amendments were made to the Law of Ukraine «On Free Legal Aid» to expand the list of persons entitled to free secondary legal aid. Thus, according to this law, victims of criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity, torture or ill-treatment during hostilities or armed conflict have the right to free secondary legal assistance in criminal proceedings initiated as a result of the commission of such criminal offenses (Article 14 of the Law). It should be noted that legal assistance to victims, the scope of which is defined in the above-mentioned law, includes such types of legal services as representation in courts, other state bodies, local self-government bodies, drawing up procedural documents.

The need to provide victims of criminal offenses against sexual freedom and sexual integrity, torture or ill-treatment during hostilities or armed conflict with the right to free legal aid has arisen now because: 1) the criminal procedural law of Ukraine does not provide for mandatory participation of the victim's representative in criminal proceedings; 2) the above changes, in our opinion, will not be sufficient if the goal is to fulfill the tasks of criminal proceedings and effectively protect the victims' rights. First of all, because such changes to the Law of Ukraine «On Free Legal Aid» do not take into account all the components of representation of the victim in criminal proceedings, which are important at all stages of the criminal process, starting with the pre-trial investigation. Additionally, we believe that appropriate changes should be made to the Criminal Procedure Code of Ukraine in order to indicate exceptional cases of mandatory participation of the victim's representative at certain stages of criminal proceedings.

## **Practical problems of mandatory participation of the victim's representative in criminal proceedings**

We emphasize the problematic nature of the objective determination of the level of material security of the person and the definition of the person as low-income, as income statements may not always indicate true information. Therefore, in our opinion, there may be cases of abuse of the right to free legal aid. And even if we assume that the relevant drafts would be adopted, the problem of providing the victim with legal assistance in criminal proceedings would not be resolved, as we should still talk about working out and regulating at the legislative level cases of mandatory participation of the victim's representative in criminal proceedings.

Thus, some believe that the mandatory participation of a lawyer representing the victim should be considered in certain cases: 1) when the victim is a minor who has no legal representatives; 2) when the victim is a person who has mental or physical disabilities, which complicates the performance of the procedural functions assigned to him; 3) when the victim does not speak the language of the proceedings (Tlepova, 2015, p. 98).

In this regard, Omelchenko (2004, p. 13) notes that the minor victim is one of the least protected participants in criminal proceedings. Therefore, the author proposes to provide in the law for cases of mandatory participation in the process of a lawyer to protect the rights and legitimate interests of the minor victim.

Krukevych (2017, p. 10) expresses the same opinion to ensure active participation in the criminal proceedings of juvenile victims. In turn, Herasymchuk (2008, p. 42) also emphasizes that the mandatory representation of the victim should be relied on a lawyer. The scientist adds that this statement stems from the grounds on which mandatory representation is appointed - physical and mental disabilities, juveniles, lack of knowledge of the language in which the proceedings are conducted. In these cases, the person desperately needs legal assistance, as it is necessary to compensate for the incomplete legal capacity of the person.

There were also propositions in legal literature to supplement the criminal procedure law with norms that would provide grounds and procedure of: a) the obligatory participation of the representative of the incapacitated or partially incapacitated victim; b) the participation of the victim's representative in the case not next to the victim, but instead of them, during the whole process

or in separate investigative or judicial actions; c) the suspension of the legal representative from participation in the case and replacement by his/her lawyer representative (Hoshovskyi & Kuchynska, 1998, p. 108).

Moreover, Kuchynska (2009, p. 10) also proposed to expand the list of cases provided by law for the mandatory provision of victims with legal aid at the expense of the state, which may be: 1) refusal of the prosecutor to support the state prosecution (the representative is provided to the victim at their request); 2) the victim is a minor (from the moment of committing an act against them); 3) the victim has physical or mental disabilities that do not allow them to sufficiently protect their rights; 4) the victim does not speak the language in which the proceedings are conducted; 5) in all cases of premeditated murder.

Tlepova (2015, p. 164) adds that the mandatory participation of a lawyer as a representative of the victim should be ensured by the state if, as a result of a criminal offense, a person is in a state that prevents their participation in the proceedings and has no close relatives or family members who could intervene as victims.

Kavun (2016, p. 15) points out that the Criminal Procedure Code of Ukraine should indicate the following cases of mandatory participation of the victim's representative in criminal proceedings as follows: 1) persons who have become victims of a criminal offense under the age of 18; 2) persons who at the time of the commission of a criminal offense against them were declared incapable or partially incapable; 3) persons who due to mental or physical disabilities (blind, deaf, dumb, etc.) are not able to fully exercise their rights, as well as those who are elderly (over 70 years); 4) persons who do not speak the language of the criminal proceedings; 5) persons who, as a result of a criminal offense committed against them, became disabled of the first or second group; 6) persons involved in criminal proceedings as successors, instead of the deceased victim of a criminal offense; 7) persons who are unable to engage a lawyer on their own due to lack of funds or for other objective reasons, but have filed a motion to engage a lawyer as a representative in criminal proceedings.

Tulyakov (2001, p. 34) drafted the Law of Ukraine "On Protection of the Rights of Victims of Crime", Article 10 of which provided for guaranteeing all victims of crime equal access to free legal aid necessary to ensure the protection of their rights.

In general, we can agree with such proposals, adding our own considerations of the following nature. According to the Law of Ukraine "On Amendments



to Certain Legislative Acts of Ukraine on Ensuring the Activities of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine and the National Agency for the Prevention of Corruption” dated February 12, 2015, it was rightly amended and supplemented Part 2 of Article 52 of the Criminal Procedure Code of Ukraine with the paragraph 9. This paragraph stipulates that in the case of an agreement between the prosecutor and the suspect or accused person to plead guilty, the mandatory participation of defense counsel is ensured in criminal proceedings from the moment of initiating such an agreement. In this regard, we believe that an urgent problem that needs to be addressed is the mandatory participation of the victim’s representative in criminal proceedings since the initiation of the conciliation agreement between the victim and the suspect or accused.

In our opinion, the victim during the initiation and conclusion of the conciliation agreement in criminal proceedings is unable to properly defend their legitimate interests due to lack of legal awareness. As a result, they are deprived of the opportunity to achieve the subjectively desired result that must occur after the conclusion and approval of such a reconciliation agreement. We come to such conclusions by analyzing the materials of judicial practice (Supreme Specialized Court of Ukraine civil and criminal cases, 2014), which show that it is quite common not to comply with the requirements of procedural law when concluding a conciliation agreement. And, for the most part, it is a question of disregard of requirements or the requirements of procedural law, leading to violations of the rights and lawful interests of the victim in criminal proceedings.

The question of *zero* criminal-procedural activity of victims in criminal proceedings is connected, first and foremost, with the physical and psychological conditions of victims who, in the period after the occurrence of a criminal offenses, are undergoing abrupt changes in the conditions of life, resulting in an overall deterioration of physical condition and well-being and an increase in mental stress according to the severity of the newly created situation of permanent or prolonged danger (Mudrak et al., 2019b, p. 35).

In addition, we believe that it is necessary to ensure the mandatory participation of the victim’s representative in criminal proceedings not only in the case of a conciliation agreement (since the initiation of the agreement), but also in case of non-compliance with the conciliation agreement; from the moment the victim applies for cancellation of the sentence. After all, the victim needs the help of a lawyer to prove that the convicts did not fulfill the terms of the agreement, if necessary, to appeal the refusal to grant the request to cancel

the sentence. If the agreement was initiated, for example, at the stage of pre-trial investigation, the lawyer would represent the interests of the victim in further pre-trial and trial proceedings.

We believe that the participation of the victim's representative in the conclusion of the conciliation agreement is mandatory due to the amendments made to Article 469 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, according to which "a conciliation agreement in criminal proceedings for criminal offences related to domestic violence may be concluded only on the initiative of the victim, his/her representative or legal representative".

The Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine to improve the mechanisms for ensuring the tasks of criminal proceedings" dated March 16, 2017, made significant changes to Article 469 of the Criminal Procedure Code of Ukraine on the conditions for concluding plea agreements. Regarding the issue of conditional "participation" of the victim in the conclusion of a plea agreement, in this case we support the initiative of Hloviuk (2017a, p. 42). The scientist proposes to include elements of the content of the conciliation agreement in the plea agreement, such as the amount of damage caused by a criminal offense, the term of its compensation or a list of actions (not related to compensation for damages) that the suspected or accused are obliged to do in favor of the victim, and the term of their commission. We also believe that ensuring the interests of victims under the relevant conditions requires the mandatory participation of a lawyer, and this should be considered when making changes and additions to the Criminal Procedure Code of Ukraine in determining the grounds for mandatory participation of the victim's representative in criminal proceedings.

In accordance with paragraph 4 of Part 3 of Article 56 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, "during judicial proceedings by court of any instance, the victim shall have the right to prosecute in court if the public prosecutor waives prosecuting on behalf of the state". Moreover, according to part 3 of Article 338 of the Criminal Procedure Code of Ukraine:

if the indictment with changed charges raises the issue of applying such Law of Ukraine on criminal liability as provides for liability for a less grave criminal offence, or of reducing the scope of charges, the presiding judge shall be required to advise the victim of his/her right to press charges in court in the previously announced scope.

Given the fact that, according to paragraph 19 of Part 1 of Article 3 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, in the cases established by the law, the prosecution includes the victim, their representative and legal representative, we consider:

- 1) necessity to agree with the opinion on ensuring the mandatory participation of the victim's representative in criminal proceedings, in case the prosecutor refuses to support the public prosecution;
- 2) ensuring the interests of the victim and his/her criminal procedural activity (namely the ability to exercise the right to support the charges in the previously presented amount) requires the mandatory participation of his/her representative. In the case when the indictment with changed charges raises the issue of applying such Law of Ukraine on criminal liability as provides for liability for a less grave criminal offence or reducing the scope of charges, and the victim agrees to support the charges in the amount previously presented. In this context, each party should be given a reasonable opportunity to present its arguments in the case, under conditions that do not put it at a significant disadvantage vis-à-vis the opposing party. According to Hloviuk (2017b, p. 48), the principle of equality requires a "fair balance between the parties" (for example, *Batsanina v. Russia*, 2009; *Voloshin v. Ukraine*, 2013);
- 3) the right of the victim during the trial to support the charges in the previously presented amount if the prosecutor in the indictment with the amended charge raises the application of the Law of Ukraine on Criminal Liability, which provides for liability for a less serious criminal offense, or to reduce the amount of charges is outlined in paragraph 4 of Part 3 of Article 56 of the Criminal Procedure Code of Ukraine.

Osinska (2016, p. 99) highlights the fact that sometimes, as a result of a criminal offense, a person may be in a certain physiological state (amnesia, akinetic mutism, apallid syndrome, sopor, coma and lethargy), which lasts for an extended period of time, during which the person loses consciousness, reaction to external stimuli and the ability to express any will. Therefore, the scientist believes that, under such conditions, medical workers consisting of at least three people, one of whom must be the doctor of the victim, must draw up a written medical conclusion certified by law, on the basis of which the investigator,

prosecutor, court must recognize the person as a victim on their own initiative, if the person in this condition does not have close relatives or family members. It is clear that a person who is in one of these physiological states will not be able to exercise their procedural rights and perform procedural duties on their own. Therefore, it would be logical to provide them with a representative.

In our opinion, a special article (Article 58<sup>1</sup> of the Criminal Procedure Code of Ukraine) should provide for free legal aid and ensure the involvement of the victim's representative in criminal proceedings, as well as clearly regulate the cases of mandatory participation of the victim's representative in criminal proceedings. In addition, we believe that the absence or presence of close relatives or family members should not be considered a prerequisite for providing free legal aid. Family members who have applied for involvement as a victim should also be guaranteed legal aid in case they themselves are unable to provide it.

As Tulyakov (2001, p. 271) rightly notes, “ricochet” victims often suffer and show the same symptoms of psychological distress as the primary victims. Family members of murder victims, partners of raped persons, parents of robbed adolescents, and relatives of victims of theft and other crimes describe similar psychological symptoms as primary victims of crime. Excluding “ricochet” victims from the group of objects covered by the concept of “victim of crime” is not only unscientific, but also simply immoral.

According to the Part 5 of Article 55 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, when a person, whose condition prevented them from filing an appropriate application, recovers and is able to exercise the procedural rights, they may file an application requesting to be engaged in the proceedings as a victim. If the investigator, prosecutor or court recognizes the person as a victim on their own initiative, there is no need to submit such application. In the future, the victim in criminal proceedings has the right to actively or passively participate in the proceedings according to their will. However, in our opinion, when their expression of will cannot be objectively determined due to a serious physiological condition, the victim of a criminal offense should be recognized as such, and not deprived of this right. Thus, Kuchynska (2017, p. 108) notes that maintaining uncertainty in the legal status of a victim of a crime deprives them of the opportunity to exercise the rights that constitute the procedural status of the victim, and, as a result, violates their rights to access to justice and judicial protection. We should also agree with Mykhaylova (2013, p. 204),

who notes that granting a person the legal status of a victim is a way of criminal procedural protection of their rights.

In addition, according to Part 7 of Article 55 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, if a person did not file a report that a criminal offence has been committed against them or an application for bringing into proceedings as a victim, the investigator, public prosecutor and court may recognize such person as a victim subject to their written consent. In the absence of such consent, a person may, where necessary, be brought into proceedings as a witness. However, is it appropriate to point to a person who has been harmed by a criminal offense as a witness? The case law of the European Court of Human Rights shows that it is impossible and erroneous to recognize a person who has been harmed as a witness (Romanov v. Russia, 2005; Sibgatullin v. Russia, 2012).

The decision of the Supreme Specialized Court of Ukraine civil and criminal cases dated March 15, 2016 (case no. 127/25936/14-k) points to such a case of mandatory participation of the victim's representative in criminal proceedings as "in respect of persons who due to mental or physical disabilities (dumb, deaf, blind, etc.) are not able to fully exercise their rights". The decision found that chronic alcoholism and/or drug addiction were mental disorders and that the participation of defense counsel was mandatory. Thus, the Court of Cassation in its ruling noted that the materials of the criminal proceedings contain information from the medical institution about the defendant's inpatient treatment with a diagnosis of "mental and behavioral disorders due to alcohol and cannabis with harmful consequences" and "mental and behavioral disorders due to alcohol use".

In general, it should be noted that the category of "mental disabilities" is inherently legal and is practically not used by psychiatrists. Therefore, we believe that it would be more appropriate to indicate in paragraph 3 of Part 2 of Article 52 of the Criminal Procedure Code of Ukraine on "physical disabilities or mental disorders", as well as to indicate such a case of mandatory participation of the victim's representative in criminal proceedings as "for persons who due to mental disorders or physical disabilities (dumb, deaf, blind, etc.) are not able to fully realize their rights".

In our opinion, it is necessary to provide for the mandatory participation of the victim's representative during the trial in the application of the procedure of "abbreviated judicial investigation", provided for in Part 3 of Article 349 of the Criminal Procedure Code of Ukraine. The correctness of the victim's

understanding of the content of circumstances not disputed by them, the absence of doubts about the voluntary position of the victim, additional explanation to the victim that in this case they will be deprived of the right to appeal the circumstances both on appeal and in cassation can be provided if the victim has qualified legal assistance.

According to the conclusion of the Supreme Court (decision dated February 15, 2018), if in their testimony the accused sets out the facts in such a way that there are doubts that they correctly understands and does not dispute the facts that they consider established prosecutor, the court will have to re-examine the accused's position on the accusation, which is supported by the prosecutor, and once again decide on the possibility of an abbreviated trial. Therefore, we believe that, before deciding on the application of the procedure of "abbreviated judicial investigation", the court should interrogate the victim about the merits of the facts and explain to them the legal consequences of the application of the relevant procedure in court proceedings.

According to Article 49 of the Law of Ukraine "On Basic Principles of Social Protection of Labor Veterans and Other Elderly Citizens in Ukraine", the state is responsible for protecting the rights, freedoms, and legitimate interests of elderly citizens in court and in other manners prescribed by law. According to Art. 10 of the above law, elderly persons are those who have reached retirement age, established by Article 26 of the Law of Ukraine "On Compulsory State Pension Insurance", as well as persons who have no more than one and a half years left to reach the specified retirement age. At the same time, the provisions of Article 26 of the above Law determine the conditions for granting an old-age pension and establish that persons have the right to receive an old-age pension after reaching the age of 60 and the presence of the insurance period specified in the law.

We believe that a significant number of crimes against victims elderly victims are often related to social, psychological and biological characteristics of the elderly, which are conditions that may lead the offender to decide to commit a socially dangerous act against this category of persons.

What is important is not that a person has reached a certain age, but that due to old age there are significant physiological and psychological changes in the human body. In the process of aging, physical strength, psychological flexibility, and ability to adapt are gradually lost; intellectual abilities also weaken. In the literature it is suggested to consider a helpless state as a physical or mental state of a person in which he/she is not able to realize the nature and significance

of the actions taken against him/her or, realizing them, cannot protect his/her rights without assistance (Volodavska, 2016, p. 143).

The above facts give the right to assert that such a state of a person as old age should be considered when deciding on the mandatory participation of a representative of the victim - an elderly person in criminal proceedings. Thus, according to the age classification of the World Health Organization, when the average age ends and the elderly begins is at the age of sixty. We believe that it is advisable to ensure the mandatory participation of the representative of the victim - an elderly person in criminal proceedings for the persons concerned over 60 years of age.

### **Propositions of amendments to the criminal procedure code of Ukraine**

In conclusion, we propose to amend the Criminal Procedure Code of Ukraine with a separate article 58<sup>1</sup>, “Mandatory participation of the victim’s representative”, as follows:

- «1. The participation of the victim’s representative is mandatory in criminal proceedings in the following cases:
- 1) in respect of persons who have become victims of a criminal offense under the age of 18;
  - 2) in respect of persons who, at the time of the commission of a criminal offense against them, were declared incapable or partially incapable;
  - 3) in respect of persons who, due to mental disorders or physical disabilities (blind, deaf, dumb, etc.), severe physiological or psychological condition, are not able to fully exercise their rights;
  - 4) in respect of the elderly (over 60 years of age);
  - 5) in respect of persons who do not speak the language of the criminal proceedings;
  - 6) in respect of persons who, as a result of a criminal offense committed against them, have become disabled of the first or second group;
  - 7) in case of concluding a conciliation agreement (from the moment of initiating the conclusion of the agreement) and in case of non-fulfillment

- of the conciliation agreement (from the moment of the victim's application for reversal of the sentence);
- 8) in the case of concluding a plea agreement (in proceedings where the written consent of the victim to enter into a plea agreement) is provided - from the moment of initiating the conclusion of the agreement;
  - 9) in case of refusal of the prosecutor to support the state prosecution or change of the state prosecution - retraining for a less serious criminal offense or reduction of the scope of the accusation;
  - 10) in case the court finds it inexpedient to examine the evidence on those circumstances that are not disputed by anyone, during the trial - from the moment of initiating such a procedure in open court and the decision to conduct an abbreviated hearing;
  - 11) in respect to persons who have suffered from trafficking in human beings, a crime against sexual freedom and sexual integrity or a crime committed with the use of violence or threat of its use» (Rakipova, 2021, p. 371).

It is also necessary to oblige the investigator, prosecutor, investigating judge and the court to ensure the participation of the victim's representative at the expense of the state, if their participation is mandatory, but the victim did not involve them (Voloshyna & Kovalyov, 2018, p. 255).

It should also be noted that the Criminal Procedure Code of Ukraine does currently allow for defendants to choose their own lawyer when receiving state-funded legal aid. In this regard, Malakhova (2016) rightly proposes to amend part 4 Article 49 of the Criminal Procedure Code of Ukraine in the following reaction: "The suspect, the accused has the right to apply for the appointment of a lawyer to exercise the defense from among the persons specified by him/her" (p. 133).

We believe that such a proposal should be considered in order to ensure the right of the victim to apply for the appointment of a lawyer for representation by appointment from among the persons specified by him/her.

In this regard, in our opinion, the Criminal Procedure Code of Ukraine should be supplemented with a separate article 58<sup>2</sup>, "Involvement of a representative by an investigator, prosecutor, investigating judge or court to carry out representation by appointment", as follows:



«1. An investigator, prosecutor, investigating judge or court is obliged to ensure the participation of a representative in criminal proceedings in cases where:

- 1) in accordance with the requirements of Article 58<sup>1</sup> of this Code, the participation of a representative is mandatory, and the victim, his/her legal representative, successor did not involve a representative;
- 2) the victim, his/her legal representative, legal successor has applied for the appointment of a lawyer to represent him by appointment from among the persons indicated by him/her, if he cannot involve one independently due to lack of funds or for other objective reasons;
- 3) an investigator, prosecutor, investigating judge or court decides that the circumstances of the criminal proceedings require the participation of a representative, and the victim, his/her legal representative, the successor did not involve him/her.

A representative of the victim, successor may be involved in criminal proceedings by an investigator, prosecutor, investigating judge or court in other cases provided by the law governing the provision of free legal aid.

2. In the cases provided for in part one of this Article, the investigator, prosecutor shall issue a ruling, and the investigating judge and the court shall issue a ruling instructing the relevant body (institution) authorized by law to provide free legal aid to appoint a lawyer to provide representation and ensure his arrival at the time and place specified in the resolution (decision) for participation in criminal proceedings.

3. The resolution (decision) on the order to appoint a lawyer shall be immediately sent to the relevant body (institution) authorized by law to provide free legal aid, and shall be binding for immediate execution. Non-execution, improper or untimely execution of the resolution (decision) on the order to appoint a lawyer entail liability established by law».

Based on paragraph 8 of Part 1 of Article 56 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, we conclude that the legislator grants the victim the right not only to have a representative, but also to refuse their services at any time during criminal proceedings.

However, while the replacement or refusal of a defense counsel is regulated by Article 54 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the victim's right to refuse representation is only outlined in paragraph 8 of Part 1 of Article 56 of the Criminal Procedure Code. Article 78 of the Code deals exclusively with the grounds for challenging a defense counsel or representative in criminal proceedings.

It should be noted that, at any stage of criminal proceedings, the victim or the victim's legal representative has the right to voluntarily renounce the lawyer and independently defend their rights and legitimate interests in the process, or to replace the representative. The reasons for such refusal include the representative's behavior that leads the victim to believe they are indifferent or biased towards their interests, the representative's failure to exercise the victim's procedural rights, such as collecting evidence, appealing decisions, and addressing the actions or inaction of the investigator, prosecutor, investigating judge, court, as well as the representative's consistent failure to participate in proceedings.

We cannot disagree with the opinion that the criteria for the effectiveness of the lawyer of the victim in criminal proceedings are:

- ensuring the full implementation of the tasks of criminal proceedings and compliance with its basic principles;
- real restoration of the rights of the victim violated by a criminal offense, establishment and recovery of the damage caused by a criminal offense in full;
- prevention and/or cancellation of unfounded, illegal, and unjust decisions, as well as actions of investigative and judicial bodies;
- ensuring the full realization of the procedural rights of the victim and maximum satisfaction in the criminal proceedings of their legitimate interests (Chernenko & Shiyan, 2015, p. 303).

Of course, another reason for replacing a lawyer may be his refusal to perform his duties. Part 4 of Article 47 of the Criminal Procedure Code of Ukraine indicates the grounds for the defense counsel's refusal to perform his duties in criminal proceedings. Thus, After being assigned to a case, defense counsel may refuse performing their duties only in the following cases: 1) if there are

circumstances that, under this Code, disqualify them from participating in the criminal proceeding; 2) disagreement with the suspect or accused concerning the defense method he/she has chosen, except for cases when participation of the defense counsel is mandatory; 3) if the suspect or accused intentionally fails to comply with the terms of the agreement concluded with the defense counsel, with such failure consisting, in particular, in systematic disregard of lawful advices of the defense counsel, provisions of this Code, etc.; 4) if they justify their refusal by the absence of appropriate skills in rendering legal aid in a specific proceeding, which is particularly complicated.

After the representative's refusal, the victim, their legal representative, or legal successor must be informed of their right to invite another representative. If the victim, their legal representative wishes to have a representative again, they may at any time invite a new representative or demand the appointment of another representative.

In the case of a legislative settlement of the current issue of mandatory participation of the victim's representative in criminal proceedings, it should be noted that the possibility of unreasonable refusal by the victim's representative should be eliminated, and the obligation to appoint a representative for the victim should be imposed if the victim does not select one. In other words, if the victim, their legal representative or successor initially refused to have a representative, but later changed their mind and expressed a desire to have a representative or requested for the appointment of a representative, such desire should be honored.

We believe that this range of issues currently requires procedural regulation in order to ensure the realization of the rights and legitimate interests of victims in criminal proceedings. Therefore, Article 58 of the Criminal Procedure Code should be supplemented with a separate part 5 and set out as follows:

«5. The victim, his legal representative, successor has the right to refuse the representative or replace him. If the victim, his legal representative or legal successor refuses a representative whose participation in criminal proceedings is mandatory, and does not involve another representative, the representative must be involved in the manner prescribed by Article 58<sup>2</sup> of this Code, to represent him by appointment».

## Conclusion

Representation is a crucial procedural safeguard for the protection of individuals involved in criminal proceedings, including the protection of the rights of the victim. It is an integral part of the procedural status of such individuals, and therefore must be fully considered by the legislator and regulated in criminal procedural law. The uniqueness of the right to representation of the victim in criminal proceedings is dictated, in our opinion, by its double significance. It combines the principles of law enforcement and human rights protection, which logically follow from the functional orientation of the representation of the victim. Human rights communication of the victim in criminal proceedings can be implemented precisely by ensuring the victim's right to representation. Such representation ensures the realization of the right to professional legal assistance, in particular, in the case when the victim needs it during criminal proceedings under martial law.

Providing the proposed amendments to the legislation of Ukraine, as outlined in the article, will contribute an increase in the level of protection of the rights of victims. Access to free legal aid is crucial in protecting the rights and legitimate interests of victims, allowing them in Ukraine to claim compensation for the damage caused by a criminal offense, and, particularly for vulnerable victims, to prevent their re-victimization during criminal proceedings. After all, a victim in criminal proceedings must feel protected from the moment they acquire the appropriate procedural status and be sure that they can count on the full protection of their rights during criminal proceedings.

## References

- Ablamskiys, S. Y. (2014). Procedural status of victims' representative in criminal procedure. *Law and Safety*, 4(55), 80-84.
- Batsanina v. Russia: Judgement of ECHR. (May 26, 2009). European Court of Human Rights. Application no. 3932/02. <https://europeancourt.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/bacanina-protiv-rossii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>
- Chernenko, A. & Shiyan, A. (2015). The role of the defense attorney in evidence during criminal proceedings. *Comparative and analytical law*, 5, 303-306.

- Dubivka, I. (2017). *Activities of the lawyer in the stage of pre-trial investigation* [PhD Thesis].
- Herasymchuk, O. (2008). Professional protection of the rights of the victim. *Lawyer*, 2, 40-45.
- Herasymchuk, O. (2011). Theoretical and practical aspects of professional protection of the victim. *Journal of the National University "Ostroh Academy"*, 1(3), 1-10.
- Hloviuk, I. (2017a). *Conclusion of plea agreements: specific issues in the context of updating the legislation* [Conference]. Theory and practice of combating crime in modern conditions, Lviv: LvStUIA, 40-42.
- Hloviuk, I. (2017b). *Some issues of compliance with the right to defense during the extension of the pre-trial investigation period* [Conference]. Procedural aspects of the pre-trial investigation, Odesa: OStUIA, 45-49.
- Hoshovskyi, M. & Kuchynska, O. (1998). *Victim in the criminal process of Ukraine*. Yurinkom Inter.
- Hroshevyy, Y. (1998). The Constitution of Ukraine and some problems of criminal procedural theory. *Bulletin of the Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 2(13), 125–131.
- Iskanderova, H. (2016). Representation and protection by a lawyer of the rights of the victim in criminal proceedings on the basis of a reconciliation agreement. *Herald of criminal justice*, 2, 45-50.
- Kavun, D. (2016). *The criminal procedural mechanism for ensuring the rights of the victim (individual) in the pre-trial investigation* [PhD Thesis].
- Krukevych, O. (2017). *Administration of justice in criminal proceedings involving minors* [PhD Thesis].
- Kuchynska, O. (2009). Problems of the protection of the rights of the victim in the criminal process of Ukraine. *Lawyer*, 5, 10-12.
- Kuchynska, O. (2017). *Some issues of the procedural status of the victim according to the criminal procedural legislation of Ukraine* [Conference]. Actual problems of improving the criminal procedural legislation. Odesa, 107-109.

- Malakhova, O. (2016). *Implementation of the institution of assistance to the defense in criminal procedural evidence* [PhD Thesis].
- Mudrak, I., Podobnyi, O. & Vaschuk, O. (2019a). Compensation of damages to victim of criminal offence under Criminal Procedure Code of Ukraine. *Juridical Tribune*, 9(2), 377-391. <https://www.tribunajuridica.eu/arhiva/An9v2/8.%20Mudrak,%20Vaschshyk,%20%20%20Podobnyi.pdf>
- Mudrak I., Hloviuk, I., Murzanovska, A. & Voloshyna, V. (2019b). Physiological and psychological condition of victim of criminal offense in Ukraine. *Amazonia Investiga*, 8(19), 34-42. <https://amazoniainvestiga.info/index.php/amazonia/article/view/193/169>
- Mykhaylova, N. (2013). Institute for the Protection of the Victim's Rights under the New Criminal Code of Ukraine. *Law and society*, 2, 203-206.
- Omelchenko, T. (2004). *The constitutional right of a person to legal aid and its implementation at the pre-trial stages of the criminal process* [PhD Thesis].
- Osinska, O. (2016). Problematic issues of a person acquiring the procedural status of a victim in the criminal process of Ukraine. *Bulletin of the Kharkiv National University of Internal Affairs*, 4(75), 96-101.
- Parliament of Austria. (1975). Criminal procedure code. <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/503966>
- Parliament of Czech Republic. (January 30, 2013). Law "On Victims of Crime" <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2013-45?text=zraniteln%C3%A9%20ob%C4%9Bti>
- Rakipova, I. (2021). *Human rights communication of a victim in criminal proceedings of Ukraine*. Helvetika.
- Romanov v. Russia: Judgement of ECHR. (October 25, 2005). European Court of Human Rights Application no. 69341/01. <http://europeancourt.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/yurij-romanov-protiv-rossii-postanovlenie-evropejskogo-suda>
- Shapoval, V. (2015). International standards of regulation of citizens' right to legal aid. *Journal of the Kyiv University of Law*, 4, 352-357.

- Shybiko, V. (2013). The problem of ensuring the rights of the victim under the new 2012 Criminal Procedure Code of Ukraine. *Legal Journal of the National Academy of Internal Affairs*, 1, 307-313.
- Sibgatullin v. Russia: Judgement of ECHR. (April 24, 2012). Application no. 1413/05. <http://europeancourt.ru/tag/damir-sibgatullin-protiv-rossii/>
- Solonyova, O. (2015). Procedural status of the victim: problematic issues and ways of improvement. *Scientific Bulletin of the National Academy of Internal Affairs*, 1, 139-145.
- Supreme Court. (February 15, 2018). Application no. 664/2078/16-k. [https://protocol.ua/ru/postanova\\_kks\\_vp\\_vid\\_15\\_02\\_2018\\_roku\\_u\\_spravi\\_664\\_2078\\_16\\_k/](https://protocol.ua/ru/postanova_kks_vp_vid_15_02_2018_roku_u_spravi_664_2078_16_k/)
- Supreme Specialized Court of Ukraine civil and criminal cases. (January 22, 2014). Generalization of judicial practice of conducting criminal proceedings on the basis of agreements dated. [http://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya\\_vssu\\_sudovoi\\_praktiki\\_zdiysnennya\\_kriminalnogo\\_.html](http://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya_vssu_sudovoi_praktiki_zdiysnennya_kriminalnogo_.html)
- Supreme Specialized Court of Ukraine civil and criminal cases. (March 15, 2016). Application no. 127/25936/14-k. [http://protokol.com.ua/ru/vssu\\_hronichniy\\_alkogolizm\\_ta\\_abo\\_narkomaniya\\_e\\_psihichnimi\\_rozladami\\_a\\_tomu\\_uchast\\_zahisnika\\_e\\_obov\\_yazkovoyu\\_\(sprava\\_127\\_25936\\_14\\_k\\_vid\\_15\\_03\\_2016\)/](http://protokol.com.ua/ru/vssu_hronichniy_alkogolizm_ta_abo_narkomaniya_e_psihichnimi_rozladami_a_tomu_uchast_zahisnika_e_obov_yazkovoyu_(sprava_127_25936_14_k_vid_15_03_2016)/)
- Tlepova, M. (2015). *Procedural position of the victim during the pre-trial investigation* [PhD Thesis].
- Tulyakov, V. (2001). *The doctrine of the victim of a crime: social and legal foundations*.
- Volodavska, O. (2016). The victim as a qualifying sign of abuse of authority by persons who provide public services. *Entrepreneurship, governance and law*, 10, 140-143.
- Voloshin v. Ukraine: Judgement of ECHR. (October 10, 2013). European Court of Human Rights. Application no. 5853/08. <http://consultant.parus.ua/?doc=090CJB1E2C>
- Voloshyna, V. & Kovalyov, A. (2018). Implementation of the right to professional legal assistance in criminal proceedings. In *Criminal Procedure Code of 2012: ideology and practice of law enforcement* (pp. 236-261). Helvetika.





**Maria Alejandra Sanabria Vélez\***

Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

mariaa.sanabria@urosario.edu.co

**El derecho al retracto y sus inconsistencias  
dentro del ordenamiento jurídico colombiano**

*Withdrawal Right and Its Inconsistencies  
Within Colombian Legal System*

*Direito de retirada e suas inconsistências  
no ordenamento jurídico colombiano*

**Artículo de reflexión:** recibido 16/05/2022 y aprobado 24/11/2022

\* ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3666-707X>

**DOI:**

<https://doi.org/10.18046/prec.v22.5541>

**Cómo citar:**

Sanabria Vélez, M. A. (2023). El derecho al retracto y sus inconsistencias dentro del ordenamiento jurídico colombiano. *Precedente*, 22, 143-175.

<https://doi.org/10.18046/prec.v22.5541>



Esta obra se distribuye a través de una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International.

## Resumen

En Colombia, la Ley 1480 del 2011 incluye varios beneficios para los consumidores que no incorporan una relación taxativa con los límites de su ejercicio, por lo que su uso puede violar el principio *pacta sunt servanda*.

Esta ley contiene algunas prerrogativas que desbordan las relaciones de consumo, pues trae consigo vacíos jurídicos que violentan los derechos de los productores y proveedores en Colombia, como la ausencia de parámetros y límites sólidos que permitan diferenciar una relación de consumo de una relación comercial. Sin perjuicio de lo anterior, este artículo se refiere específicamente al derecho de retracto y sus consecuencias.

Se pretende estudiar si el retracto contenido en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 está alineado con otras disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano y si esta potestad desdibuja la autonomía de la voluntad de las partes. Finalmente, se proponen algunos criterios que pueden ser utilizados por el legislador para reglamentar de manera más adecuada el derecho a retracto.

**Palabras clave:** consumidor; consentimiento; productos y servicios estandarizados; resolución unilateral; retracto.

## Abstract

In Colombia, Law 1480/2011, that establishes the *consumer statute*, includes several benefits for consumers which do not include exhaustive criteria that limit the exercise of their rights; therefore, this statute may violate the principle of *Pacta Sunt Servanda*. This law contains some prerogatives that exceed the consumption relationship, since it incorporates legal loopholes that violate the rights of producers and suppliers in Colombia. For example, absence of parameters and solid limits to allow differentiation between a consumption relationship and a business relationship. Notwithstanding the foregoing, the aim of this article is to discuss the withdrawal right and its consequences.

This article studies whether the right of withdrawal contained in article 47 of Law 1480 of 2011 is aligned with other provisions of the Colombian legal system, and if this power blurs the autonomy of the will of the parties. Finally, it proposes some criteria that may be used by the legislator, to regulate more adequately the right of withdrawal.

**Keywords:** Consumer; Consent; Standardized Products and Services; One-sided Resolution; Withdrawal Right.

## Resumo

Na Colômbia, a Lei 1.480 de 2011 contém uma série de benefícios para os consumidores que não incluem uma relação exaustiva com os limites de seu exercício, portanto, a o exercício desses direitos pode violar o princípio de *pacta sunt servanda*. É assim que esta lei contém algumas prerrogativas que vão além das relações de consumo, pois incorpora lacunas legais que violam os direitos de produtores e fornecedores na Colômbia, como a ausência de parâmetros e limites sólidos que permitam diferenciar uma relação de consumo de uma relação comercial. Não obstante, este artigo é direcionado mais especificamente ao direito de retirada e suas consequências.

Analisaremos se o direito de retirada contido no artigo 47 da Lei 1.480 de 2011 está alinhado com outras disposições do ordenamento jurídico colombiano, e se esse poder obscurece a autonomia da vontade das partes. Por fim, serão propostos alguns critérios que poderão ser utilizados pelo legislador, para regular oportunamente o direito de recesso.

**Palavras-chave:** consumidor; consentimento; produtos e serviços padronizados; resolução unilateral; desistência.

## Introducción

Los principios de seguridad jurídica, legalidad contractual y el *pacta sunt servanda* como elementos fundamentales de la contratación se han visto vulnerados en el camino por promover y proteger los derechos de los consumidores; el desarrollo de herramientas jurídicas como el derecho al retracto han limitado otros derechos ya incorporados en el ordenamiento jurídico colombiano.

El derecho al retracto podría desequilibrar las relaciones de consumo y comercio, dadas las consecuencias económicas cuyo ejercicio implican. El aspecto más sensible está contenido en el Estatuto del Consumidor e implica que activarlo no requiere una justificación objetiva, y por consiguiente la resolución del contrato depende únicamente de la voluntad del consumidor, por lo que queda a discreción de este último deshacer el acto jurídico de manera unilateral, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 47 de la Ley 1480 de 2011.

El Estatuto del Consumidor otorga cinco días hábiles en los cuales la mera voluntad es suficiente para desligarse jurídicamente de una compra ya efectuada, aun cuando el acto que lo consagra ya ha sido perfeccionado. Esto se aplica a

todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días. (Congreso de Colombia, Ley 1480, 2011)

El objetivo de este artículo es analizar las inconsistencias del derecho al retracto frente a otras normas dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Para ello, se revisarán los antecedentes históricos, la jurisprudencia colombiana y se hará un ejercicio de derecho comparado frente al tratamiento que se le da al retracto en otros países, a fin de determinar si existen parámetros claros que delimiten las relaciones de consumo entre particulares. Por último, se proponen algunos puntos sobre los cuales se considera oportuno que la legislación colombiana profundice.

147

## Contexto histórico

El desequilibrio económico como parte de las relaciones contractuales ha sido una problemática histórica, como consecuencia de la contratación o negociación

entre los extremos socioeconómicamente desiguales. Este tipo de relaciones se prestan para que la parte con posición dominante abuse de la que se encuentra en el otro lado de la relación contractual. Esto ha exigido que el Estado tome un papel mucho más activo y regule las relaciones o negocios jurídicos entre entes privados. Esta tendencia desafía la visión tradicionalista y separatista entre el derecho público y el derecho privado, cuya diferencia principal se desprende del ejercicio de la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas celebradas entre entes privados y la naturaleza imperativa de las leyes que regulan las relaciones de carácter público. En palabras de Juan Jacobo Calderón:

La ley, en tanto norma de carácter obligatorio definida por la autoridad política, cuyo cumplimiento se encuentra respaldado por la coacción y de la cual no es posible separarse, es el mecanismo por el cual podrán regularse las relaciones de sujeción propias del derecho público. Por el contrario, el contrato será el instrumento privilegiado por el derecho privado a fin de permitir la libre regulación de las relaciones particulares. (Calderón, 2018, p. 10)

Aun así, el papel proteccionista del Estado comenzó a ser necesario una vez que llegó la Revolución Industrial. La producción masiva y en serie de bienes y servicios facilitó el acceso a más productos, lo que dio surgimiento a un grupo social nunca antes considerado: *los consumidores*, quienes adquieren bienes. De la mano de la industrialización, comenzaron a aparecer herramientas jurídicas en defensa de los grupos que merecen una especial protección contractual. Como bien lo menciona Carlos Ignacio Jaramillo (2015),

Ello tuvo lugar, más concretamente en los albores del pasado siglo, merced al penetrante aporte de juristas inscritos en la esfera del derecho privado y del público, por vía de dicente ejemplo, Saleilles y Duguit, respectivamente, el que se tradujo en solido pilar de la teoría de los contratos de –o por– adhesión, piedra angular de la contratación contemporánea y percutor del que ulteriormente se denominaría derecho del consumidor o del consumo... (p. 83)

La necesidad de protección a una de las partes de la relación jurídica (por encontrarse en estado de desigualdad o desventaja) con respecto a la otra (naturalmente más sólida) tiene sus antecedentes desde el siglo XX. En la Constitución de 1931, la República española llamaba a la regulación en materias

que para la época se consideraban vanguardistas, como los temas considerados en el artículo 47:

La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de prevención... (Constitución de la Republica Española, 1931)

Asimismo, las legislaciones de países como Francia e Italia comenzaron a responder a las necesidades del comercio, como consecuencia de algunas figuras como los llamados “contratos por adhesión”; documentos redactados unilateralmente por una de las partes contractuales, en cuyo clausulado no hay intervención o negociación con la otra, por lo cual esta última se limita a manifestar o negociar de manera parcial los derechos y obligaciones contenidos en el documento. Instrumentos jurídicos como los contratos de adhesión impulsaron el papel proteccionista e intervencionista del Estado, ya que se evidenció la ausencia del derecho a la igualdad material en las relaciones de carácter privado.

Dado el anterior contexto histórico, a principios del siglo XXI, diferentes países cuyo desarrollo legislativo estaba en pleno auge, como en el caso de Colombia, comienzan a entender las necesidades de intervenir en las relaciones comerciales entre personas privadas. Como consecuencia de ello, empiezan a aparecer leyes como la 155 del 24 de diciembre de 1959, “por medio de la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas” (Congreso de Colombia, Ley 155, 1959), el Decreto 3466 de 1982, “Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones” (Presidencia de la República, Decreto 3466, 1982), hasta llegar a la Ley 1480 del 2011, “por medio de la cual se expide el Estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones” (Congreso de Colombia, Ley 1480, 2011).

Otras disposiciones de orden constitucional, expedidas en aras de proteger los derechos colectivos, han reconocido la importancia de que existan regulaciones legales que protejan la calidad de los bienes que circulan en el mercado, y la necesidad de que el Estado garantice la participación de los particulares

interesados, como lo establece el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia, que dicta:

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

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.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 78)

De este modo, la Constitución prevé la necesidad de intervención estatal en favor del consumidor, en aras de revertir su situación de desigualdad material frente a los productores y distribuidores. Sin perjuicio de ello, la Constitución no se ocupa de los posibles supuestos específicos a los cuales puede estar sometido el consumidor, por lo que llama al Estado para que cree leyes que se encarguen de desarrollar mecanismos de protección sustancial y procesal que se adapten dinámicamente a las necesidades del mercado. Esto es propio del Estado social de derecho, pues no es deber exclusivo del legislador la creación y el estudio de estas disposiciones, sino que exhorta a los consumidores a formar parte activa de la creación de mecanismos a través de una representación democrática. La Corte Constitucional también se ha pronunciado al respecto, haciendo énfasis en los derechos de orden procesal con los cuales deberían contar los consumidores:

Los derechos del consumidor no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores). (Corte Constitucional de Colombia, C-1141, 2000)



Reconociendo la necesidad y la importancia de que el Estado intervenga en algunas de las relaciones jurídico-privadas, con el fin de mantener trato justo entre las partes, pues “el medio socioeconómico en el que se encuentra inmersa la sociedad moderna no permite limitar las soluciones a la problemática de los derechos de los consumidores a la política económica, sino que deberá buscar la corrección de las insuficiencias que afectan al mercado, para restablecer el equilibrio entre los poderes respectivos de los actores participantes, así como el acceso a todos los bienes y servicios con sus respectivas garantías” (Herrera, 2013, p. 37), analizaremos si las condiciones de vulnerabilidad son homogéneas para todos los consumidores y si las excepciones del derecho al retracto incorporadas en el artículo 47 son suficientes.

## El Estatuto del Consumidor

Es necesario estudiar el ámbito de aplicación del Estatuto del Consumidor consagrado en la Ley 1480 de 2011, y más concretamente el derecho al retracto y su desenvolvimiento histórico en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto, con el fin de evidenciar los motivos por los cuales esta potestad puede desembocar en una desprotección para los proveedores o productores de bienes y servicios. La naturaleza misma del Estatuto del Consumidor representa una excepción al principio civil *pacta sunt servada*, al principio que prohíbe el abuso del derecho y al de seguridad jurídica contractual.

El artículo 2 de la Ley 1480 de 2011 señala su ámbito de aplicación de la siguiente manera:

Artículo 2°. Objeto. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente. Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley. Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados. (Congreso de Colombia, Ley 1480, 2011)

Este artículo es esencial por dos motivos. El primero es que posibilita entender que las regulaciones del código civil y del código de comercio no son aplicables a

los productores y proveedores cuando participen en una relación de consumo (ya que es una ley especial que prevalece sobre la general); y el segundo es que esta definición permite fijar dos criterios indispensables para aplicar el estatuto: 1. La necesidad de que la relación contractual esté delimitada dentro del concepto de “relación de consumo” y 2. El requisito indispensable de que existan partes preconcebidas como “consumidor” y “proveedor/productor” dentro de dicho acto jurídico.

### **El amplio y difuso concepto de *consumidor***

El ya derogado Estatuto del Consumidor, que fue expedido mediante el Decreto 3466 de 1982, definía el concepto de *consumidor* como: “Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades” (Presidencia de la República, Decreto 3466, 1982).<sup>1</sup> Sin embargo, este concepto era tan amplio que se prestaba para interpretar que todo aquel que compre un bien o servicio puede entenderse como consumidor, sin necesidad de que existan las condiciones de desigualdad que dieron origen a la protección especial que el legislador le quiso otorgar a las relaciones de consumo.

El artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 se encarga de definir de manera más precisa el concepto de consumidor como:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario. (Ley 1480, 2011)

La SIC coincide con este concepto y únicamente agrega que “Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario” (Superintendencia de Industria y Comercio, s.f.).

---

1 “Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones” –Derogado; citado únicamente para ofrecer contexto histórico–.

Así, el legislador amplió el ámbito de aplicación del Estatuto del Consumidor, lo que permitió que a las personas jurídicas las cubran las potestades emanadas de él, ya sean corporaciones o fundaciones de beneficencia pública. Por lo tanto, los derechos y las prerrogativas del estatus de *consumidor* también le asisten a las entidades morales, cuando participen en el acto en calidad de usuarias finales y siempre y cuando el bien o servicio objeto de contratación sea para disfrute propio. Dicha calidad de *consumidor* no se les otorga a las personas jurídicas cuando los bienes o servicios contratados formen parte de su giro central de negocio o de su actividad empresarial, como lo describe Gustavo Adolfo Beltrán Valencia;

Las personas jurídicas también pueden llegar a tener la calidad de consumidoras, cuando, como destinatarias finales, adquieren, utilizan o disfrutan un producto para satisfacer una necesidad empresarial, que no esté intrínsecamente relacionada con su actividad económica, de tal modo, que se puede presentar el caso en que un comerciante fuerte que adquiere un bien a un comerciante pequeño, este protegido por las normas de protección al consumidor, si el bien que adquirió no tenía una relación intrínseca con su actividad empresarial, en otras palabras, en un momento dado un comerciante con un gran poder de mercado, puede ampararse en las normas de protección al consumidor. (Beltrán, 2020, p. 25)

Siendo así, no podríamos decir que la calidad de consumidor la compone el único hecho de ser la parte compradora dentro del marco de un contrato, sino que se constituye en virtud de la relación que el comprador tiene con el bien o servicio que está adquiriendo, bajo el supuesto de que es el usuario final de aquel. Por eso, en una misma persona podrían recaer en paralelo las condiciones necesarias para que en una de sus relaciones jurídicas se le apliquen las leyes del código de comercio o del código civil, y en otra, en donde adquiera el bien para un disfrute propio, las normas del Estatuto del Consumidor. Dante Rusconi dice al respecto que:

el destino final implica que el acto de consumo se encuentre desprovisto de la intención de reinsertar el bien en el mercado, ya sea mediante su venta o transformación. Su análisis casuístico, implicará juzgar, como dijimos, el desequilibrio de la relación de acuerdo con un examen integral que abarque no solamente las circunstancias de carácter objetivo (el acto de consumo) sino también las condiciones de orden subjetivo (características de las partes, manejo de la información, conocimientos

técnicos, necesidad a satisfacer, etc.). Tal entendimiento permitirá abarcar categorías especiales de consumidores, tales como los subconsumidores, personas cuya subordinación se encuentra exacerbada por razones de edad, género o circunstancias de hecho, los no consumidores que son personas carecientes [sic] de acceso a los bienes esenciales de consumo; o los consumidores – empresarios, excluidos por regla general del Estatuto protectorio pero tutelados en casos especiales en los que intervienen en el mercado no como intermediarios sino como destinatarios finales de los bienes y servicios de consumo.

Claro está que la extensión del ámbito de aplicación del estatuto del consumidor a sujetos que intervienen habitualmente en el mercado como productores o proveedores deberá ser excepcional, puesto que conceptualmente y por regla axiológica, los “profesionales del mercado” estarán excluidos de aquella tutela legal equilibrante.

Propiciamos entonces el criterio hermenéutico que llamamos subordinación relacional, que sostiene el eje nuclear del sistema de consumo final, no obstante admitir un panorama inclusivo de todos los factores y posibles situaciones que contribuyen a generar el desequilibrio condicionante en el mercado de consumo moderno; panorama ese, que podrá admitir la extensión excepcional del ámbito de aplicación, frente a circunstancias que verdaderamente lo admiten en pos de obtener la justicia del caso bajo análisis. (Rusconi, 2013, pp. 116-117)

Es innegable que en el mercado existen bienes y servicios, que son de uso común, cuyas cualidades son estandarizables o que son comprados con base en catálogos con especificaciones técnicas, y que no necesariamente corresponden a la materia prima, la mercancía esencial o el artículo de comercio principal de la entidad compradora. Sin embargo, las empresas los utilizan de manera indirecta para satisfacer las necesidades de su giro de negocio. No obstante, ni el Estatuto del Consumidor ni ninguna otra disposición dentro del ordenamiento jurídico colombiano ofrece parámetros que permitan determinar para cada industria cuáles son los bienes y servicios que se entienden como inherentes a su giro comercial.

## Relaciones de consumo

Dado que el Estatuto del Consumidor es una norma cuyo ámbito de aplicación se ciñe exclusivamente a las relaciones de consumo (que es el factor esencial

que determina la necesidad de dar tratamiento especial a este tipo de relaciones jurídicas), podemos preguntarnos ¿qué criterios objetivos definen la existencia de las relaciones de consumo?

La Ley 1480 de 2011 no define el concepto de “relaciones de consumo”; sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), como entidad encargada de supervisar la aplicación al Estatuto del Consumidor, definió estas relaciones como las que “se presentan respecto de quienes adquieren un bien o servicio de productores o proveedores, para satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o empresarial que no esté ligada intrínsecamente con su actividad económica” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2016). Sin embargo, esta definición no ofrece con suficiencia parámetros para diferenciar las relaciones de consumo de las meramente comerciales, por lo que no delimita con exactitud el espectro de aplicación del estatuto. Por ello, debemos basarnos en el sentido general de la ley, guiándonos por las palabras clave del artículo 2 de la Ley 180 de 2011, “consumidor” y “productor, proveedor o expendedor”, y por el significado otorgado históricamente a estas palabras dentro del marco legal colombiano.

La Corte Suprema de justicia se pronunció respecto al concepto de “relación de consumo” como aquella que:

Constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor que lo hace experto en las materias técnicas científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras particularidades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja comercial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a reestablecer el Equilibrio perdido. (Corte Suprema de Justicia, 2009)

Es decir, la relación de consumo se deriva de un supuesto en el que deben coincidir al menos dos factores: el primero es que la compraventa del bien o servicio se lleve a cabo con la finalidad de uso propio, familiar o empresarial (en este último caso, siempre que este no esté ligado de manera intrínseca al giro de negocio); en segundo lugar, se requiere que existan condiciones de vulnerabilidad por parte del consumidor.

## **Ausencia de criterios objetivos para establecer las condiciones de vulnerabilidad material en una relación de consumo**

Estableciendo una noción general de lo que el ordenamiento jurídico colombiano entiende como consumidor, es imperativo determinar si existen criterios objetivos que permitan sentar las condiciones de vulnerabilidad de una persona jurídica o natural y, por consiguiente, otorgarle la calidad de consumidor. En principio, es entendible que el Estado pretenda proteger a las personas naturales que, por lo general, adquieren bienes para uso personal, que no tengan el carácter de “profesionales” sobre la totalidad de los servicios y productos que adquieren, y que carezcan de información técnica sobre los bienes adquiridos. Sin embargo, en pleno siglo XXI existen personas jurídicas cuyo conocimiento y poder de mercado es amplio, y que dentro de su organización tienen áreas de compra especializadas y dedicadas exclusivamente a la contratación de productos, que además se encargan de hacer estudios de mercado y que han definido políticas y procedimientos completos de contratación para determinar el mejor bien o servicio de acuerdo con sus necesidades y objetivos de negocio.

Es bien sabido que el identificarse como proveedor o productor de un bien o servicio implica indiscutiblemente cierto nivel de conocimiento y profesionalismo sobre los bienes objeto de contrato, de modo que, en el marco de un proceso judicial, la carga de la prueba suele recaer sobre el profesional. En palabras de Juan Carlos Díaz Restrepo, “La carga dinámica de la prueba es una regla de juicio en materia probatoria, vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, que consiste en asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo” (Díaz, 2016, p. 202), y quien suele encontrarse en una mejor posición para entregar información es quien comercializa a diario el producto objeto del contrato.

Sin embargo, el asumir la posición de proveedor o productor no implica necesariamente un escenario de fortaleza o estabilidad financiera y económica; es decir, es perfectamente posible que las calidades de “consumidor” y de “proveedor” recaigan paralelamente en una misma persona jurídica.

Por lo anterior, podrían presentarse supuestos bajo los cuales el sentido y el fin máximo del estatuto de proteger a la parte débil ante un desequilibrio entre los extremos contractuales se pierde. Piénsese, por ejemplo, un caso en el cual un consumidor es una gran empresa, con una sólida posición financiera y con capacidad suficiente para adquirir información sobre el producto. La organización en mención celebra acuerdos comerciales con el fin de adquirir

bienes estandarizados de un proveedor más pequeño en términos relativos y con una solidez financiera inferior, caso en el cual las potestades y derechos del estatuto estarían protegiendo al extremo equivocado de la relación jurídica.

El estatuto reconoce que es imperativo que, en los casos en los que el objeto de contratación no este intrínsecamente atado al giro de negocio de la persona jurídica, no se le otorgue la calidad de consumidor al comprador. Sin embargo, este criterio parece insuficiente para determinar el ámbito de aplicación del retracto, teniendo en cuenta las modalidades de contratación descritas en el artículo 47.

Lo anterior toma aún más fuerza si consideramos que dentro del mismo sistema jurídico colombiano existen otras disposiciones que se han encargado de categorizar con suficiencia las empresas jurídicas dentro del mercado nacional por medio de criterios objetivos. De este modo lo hace la Ley 590 del 2000, “Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas” (Congreso de Colombia, 2000) y los decretos que la reglamentan.

La Ley 590 del 2000 y el Decreto 957 del 5 de junio de 2019 establecen parámetros con los cuales se pueden categorizar de manera objetiva a las compañías en subconjuntos como micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, tales como: (I) El valor anual de ingresos por actividades ordinarias, (II) el valor de ventas brutas anuales, (III) valor de activos totales y (IV) el número de trabajadores totales.

Otra disposición que ejemplifica la posibilidad de calificar las personas jurídicas dentro del ordenamiento de leyes colombiano en el mercado, con el fin de otorgar privilegios o beneficios según su tamaño, es la clasificación que ha hecho la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), que estableció algunos criterios de segmentación, como lo son la cantidad de unidades de valor tributario (UVT) que las empresas han percibido como ingresos anualmente, a fin de conceder beneficios fiscales y tributarios; o la clasificación de los contribuyentes que también hace la DIAN para maximizar los resultados de gestión fiscal.

Aunque estos criterios son mucho más cuantitativos que cualitativos, sirven para evidenciar el poder económico que tienen algunas personas jurídicas dentro del mercado, lo cual afecta proporcionalmente su capacidad de negociación y experticia en los diferentes productos y servicios por adquirir. Por lo tanto, en el caso del Estatuto del Consumidor, podrían utilizarse disposiciones parecidas,

por medio de las cuales el legislador confiera la carga de diligencia sobre el conocimiento del producto de manera proporcional al tamaño de la empresa o conforme a criterios que sean diseñados específicamente para este fin.

## La naturaleza jurídica del derecho al retracto

El ya derogado Estatuto del Consumidor consagrado en el Decreto 3466 de 1982 es la primera norma en incorporar la figura de retracto a través del artículo 41, que establecía que este derecho era aplicable únicamente a aquellos contratos de compraventa de bienes y servicios que se ejecuten a través de sistemas de financiación, salvo contadas excepciones. Esta capacidad de retracto no era exclusiva para el consumidor, sino que cualquiera de las partes del contrato podía invocarla, lo cual nos permite al menos intuir que dicha prerrogativa se daba en protección de los dos extremos contractuales. Este derecho podía ejercerse en un término de dos días hábiles siguientes a la celebración del contrato, y el uso de dicha facultad resolvía legalmente el contrato (Presidencia de la República, Decreto 3466, 1982).<sup>2</sup>

Más adelante, la Ley 1480 de 2011 amplía las prerrogativas del consumidor e incrementa las modalidades de contratación a las que el derecho al retracto les es aplicable, como podemos observar en el artículo 47 del Estatuto del Consumidor de la siguiente manera:

Retracto. En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor. En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado.

El consumidor deberá devolver el producto al productor o proveedor por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió. Los costos de transporte y los demás que conlleve la devolución del bien serán cubiertos por el consumidor.

---

<sup>2</sup> Decreto derogado –citado únicamente para ofrecer contexto histórico–.



El término máximo para ejercer el derecho de retracto será de cinco (5) días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios... (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, art. 47)

Por ello, siempre que se trate de las formas de contratación señaladas en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, la mera voluntad del consumidor es suficiente para resolver el contrato, siempre que la manifestación de dicha voluntad se lleve a cabo en los plazos que establece el artículo. Es importante resaltar que dicha decisión no tiene que estar atada o justificada por un vicio del consentimiento o por un defecto en el producto adquirido; tampoco es necesario para el consumidor acreditar o demostrar las razones de su decisión para que nuestro sistema legal le brinde efectos jurídicos a dicho retracto.

En otros países de América Latina, como en Perú, este derecho puede ser ejercido por el consumidor, siempre que medie una justificación objetiva. El Código de Protección y Defensa del Consumidor estima en el artículo 59 el derecho a la restitución como:

El consumidor tiene derecho a la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumo en aquellos casos en que el proveedor haya incurrido en alguna de las prácticas indicadas en el artículo 58, cualquiera sea la modalidad de contratación empleada. Para tal efecto, el consumidor cuenta con un plazo de siete (7) días calendario [...].

El derecho a la restitución se considera válidamente ejercido cuando el consumidor comunique fehacientemente al proveedor sobre ello y proceda a la devolución de los productos recibidos o solicite la interrupción del servicio contratado. Ejercido este derecho, el consumidor no asume reducción alguna del monto a ser devuelto en caso de que haya efectuado un uso normal del producto o disfrute del servicio, salvo que se haya generado un manifiesto deterioro o pérdida de su valor. Corresponde al consumidor probar la causal que sustenta su derecho a la restitución y el ejercicio de este derecho conforme a lo dispuesto en el presente artículo. (Congreso de la República de Perú, Ley 29571, 2010)

De modo que en Perú recae sobre el consumidor la necesidad de invocar una de las causales del artículo 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor para que la restitución tenga efectos vinculantes; la mera voluntad del comprador no deja sin efectos jurídicos el contrato. Es importante mencionar

que esta legislación reconoce la posibilidad de restitución en los casos en que los que la compraventa se realice a través de métodos comerciales agresivos o engañosos, pues esto disminuye de manera significativa la capacidad de elección por parte del consumidor.

Volviendo a la legislación colombiana, a diferencia del Decreto 3466 de 1982, el Estatuto del Consumidor consagrado en la ley 1480 de 2011 aplica para otras modalidades de contratación también amparadas con el derecho a retracto, por lo que intentaremos entender el sentido de la norma para cada una de ellas.

En primer lugar, el derecho a retracto aplica para aquellas “ventas de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación”: es decir, aquellas compras que financia el mismo proveedor/productor. Lo anterior, a fin de blindar la capacidad financiera del consumidor; si, posterior a la adquisición del bien o servicio, el consumidor se da cuenta de que su capacidad de pago no es suficiente para cumplir con las cuotas pactadas, podrá invocar el derecho a retracto.

En lo que respecta a la venta de tiempos compartidos, el artículo 24 de la Ley 2068 de 2020, ha facultado al Gobierno Nacional para reglamentar las actividades relacionadas con la comercialización de tiempos compartidos y multipropiedad, y exhorta a los proveedores y prestadores de estos servicios a proporcionar información clara, veraz y suficiente para evitar que se induzca en error al consumidor. Esta podría ser entonces la razón principal por la cual el legislador entendió como aplicable el derecho a retracto en esta modalidad de contratación, pues el consumidor queda supeditado a la información que entrega el prestador del servicio, y la misma naturaleza del contrato le impide al consumidor hacer un juicio inmediato que le permita contrastar las características del servicio ofrecido con lo realmente prestado.

Por otro lado, la Superintendencia de Industria y Comercio (2013) define *el derecho de retracto* en ventas por métodos no tradicionales o a distancia como:

El arrepentimiento del consumidor, sin consideración a asuntos relacionados con las garantías, sino con la libertad de eliminar la motivación de la compra. Es una protección que se da para algunos tipos de compras, por ser tan particulares y donde el consumidor, por regla general, no tiene contacto directo con el producto o con el proveedor del mismo.

Tras revisar cada una de las modalidades de contratación en donde el consumidor tiene el derecho de retractarse, encontramos algo en común:

pareciera que el legislador liga innegablemente la presencia física del objeto o del servicio con la voluntad o consentimiento del comprador/consumidor, tal como bien lo explica Mariana Bernal Fandiño:

El fundamento de política legislativa a que obedece la atribución de este derecho en los contratos a distancia es el compromiso a ciegas que adquiere el consumidor, pues no tiene la posibilidad de constatar las características de lo que desea adquirir como sucedería si estuviera en el establecimiento de comercio. Por esta razón, se le permite una segunda oportunidad para decidir el mantenimiento de dicho compromiso o bien arrepentirse sin tener que justificar sus motivos. El derecho de retracto permite de este modo contrarrestar la inicial desventaja contractual del consumidor, que se deriva de una información imperfecta que puede afectar la formación de su consentimiento. (Bernal, 2012, p. 52)

### **El derecho a retracto como condición resolutoria del contrato**

En países como México, el perfeccionamiento de los contratos que admiten el retracto por parte del consumidor se da una vez el plazo para ejercer el derecho vence. Es decir, aun cuando el bien haya sido entregado, el consentimiento dado o el contrato haya sido firmado, las partes no pueden concluir que este tenga plena vigencia y fuerza jurídica hasta que el plazo señalado en el artículo 56 de la Ley Federal de Protección al Consumidor haya concluido;

ARTÍCULO 56.- El contrato se perfeccionará a los cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la firma del contrato, lo último que suceda. Durante ese lapso, el consumidor tendrá la facultad de revocar su consentimiento sin responsabilidad alguna. La revocación deberá hacerse mediante aviso o mediante entrega del bien en forma personal, por correo registrado, o por otro medio fehaciente. La revocación hecha conforme a este artículo deja sin efecto la operación, debiendo el proveedor reintegrar al consumidor el precio pagado. En este caso, los costos de flete y seguro correrán a cargo del consumidor. Tratándose de servicios, lo anterior no será aplicable si la fecha de prestación del servicio se encuentra a diez días hábiles o menos de la fecha de la orden de compra. (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1992)

Esto nos lleva a preguntarnos: ¿en Colombia el derecho a retracto también retrasa el perfeccionamiento del contrato?

Para responder esta pregunta, debemos examinar si el retracto termina una relación jurídica ya constituida o si la misma no se perfecciona de manera definitiva hasta tanto venza el plazo para que el consumidor se retracte. Es necesario estudiar bajo qué supuesto se constituye la desvinculación unilateral injustificada de un acto jurídico ya perfeccionado.

La norma general establece que el perfeccionamiento de los contratos dentro del sistema de leyes colombiano se constituye por medio de la consensualidad y, salvo contadas excepciones, los contratos se perfeccionan con el mero consentimiento de las partes. Por ello, uno de los mecanismos más comunes desde la perspectiva del comprador para dejar sin efectos un acto jurídico es cuestionar la legitimidad de su voluntad para ejecutar el negocio; es decir, alegar un vicio en su consentimiento, el cual es descrito por Pablo Andrés Garcés Vásquez (2014):

[la] manifestación de la voluntad que no deja lugar a dudas es una expresión autónoma del individuo constituido como parte dentro del negocio jurídico, es decir que tiene plenas competencias para ejercerla: tomar sus propias decisiones y asumir las consecuencias de sus actos. (Garcés, 2014, p. 26)

Por ello, el Código Civil colombiano lo valida como uno de los elementos esenciales, cuya ausencia haría que el negocio jurídico no se considere eficaz y válido.

Por esta razón, el derecho a retracto abre un debate sobre la posibilidad de que el acto jurídico se perfeccione en dos momentos diferentes para cada una de las partes de la relación contractual. Para el consumidor, el acto se perfecciona en el momento en que el proveedor acepta la venta del bien o servicio. Sin embargo, no podría decirse lo mismo desde la posición del proveedor; para este último, la certeza jurídica y su calidad de acreedor no termina de perfeccionarse hasta que el plazo al que se refiere el artículo 47 del Estatuto del Consumidor termine. Esto permite que se configure un escenario de inseguridad jurídica para los proveedores de bienes y servicios en el mercado.

En el supuesto de que el legislador ligue inherentemente la necesidad de que el comprador o consumidor tenga la capacidad y la oportunidad de percibir por medio de sus sentidos las características del bien objeto de contrato con la manifestación del consentimiento, y por consiguiente con su voluntad de participación en el negocio jurídico, esto significaría que el derecho a retracto

se convierte en una condición suspensiva del contrato. En ese caso, hasta que no se venza el plazo para ejercerlo, el derecho del vendedor de obtener su contraprestación sería suspendido. Sin embargo, este no es el caso, dado que el vencimiento del plazo para ejercer el derecho a retracto (es decir, cinco días hábiles después de la entrega física del bien) no es necesario para que se active la obligación de pago por parte del consumidor.

Teniendo en cuenta lo anterior, y dado que el Estatuto del Consumidor no ordena la necesidad de invocar alguno de estos vicios de consentimiento consagrados en el artículo 1508 del Código Civil colombiano para que el consumidor ejerza el derecho al retracto, debemos evaluar si su naturaleza concuerda con la de una condición resolutoria del contrato.

Como se ha mencionado, una vez el consumidor active el retracto, recaerá sobre sí mismo la obligación de restituir los bienes que le han sido entregados, en las mismas condiciones dadas por el proveedor; paralelo a ello, comienza a contar el plazo para que el proveedor ejecute la reversión del pago ya hecho. El legislador llama a las partes a reestablecer las condiciones precontractuales, lo cual naturalmente admite la existencia y perfeccionamiento del negocio jurídico y sus efectos. Esto coincide con la definición de *condición resolutoria*, que es aquella que, al cumplirse, extingue un derecho que ha nacido de un acto jurídico ya perfeccionado y vinculante. Varios autores, como Susana Tamayo Jaramillo y David Tamayo Restrepo, concuerdan con la teoría de que el derecho al retracto se puede definir como una condición resolutoria potestativa del contrato, dado que:

Por una parte, la protección se deriva de la existencia de un contrato previamente celebrado y de una relación de consumo, y en este caso entenderíamos que no hay ningún tipo de relación hasta que falle la condición (esto es, hasta que opere la caducidad de la posibilidad del consumidor para ejercer retracto). Por otro lado, si se tratase de una condición suspensiva, el pago efectuado por las partes de la relación de consumo (proveedor y consumidor) durante los cinco días que tiene el consumidor para ejercer el derecho de retracto, podría entenderse como un pago de lo no debido puesto que el efecto de la condición suspensiva implicaría que no nace la relación. Si esto fuese así, al no haber una relación, no es posible que haya derechos y obligaciones para las partes. (Tamayo y Tamayo, 2015)

Por lo tanto, debemos concluir, que en Colombia el retracto no retrasa el perfeccionamiento de los contratos sujetos a él, sino que más bien es una condición resolutoria que trae consigo cierto nivel de inseguridad jurídica para los proveedores y productores en el mercado.

## Excepciones y limitaciones del derecho a retracto

Empezaremos por mencionar que el art. 47 contiene algunas excepciones al ejercicio del derecho a retracto, tales como:

En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor; (II) En los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar; (III) En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados. (IV) En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez; (V) En los contratos de servicios de apuestas y loterías; (VI) En los contratos de adquisición de bienes perecederos, (VII) En los contratos de adquisición de bienes de uso personal. (Congreso de la República, Ley 1480, 2011)

Sin embargo, esta lista no es taxativa, pues a lo largo del mismo estatuto se señalan diferentes excepciones; por ejemplo, “contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, art. 48); “los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, art. 49), y finalmente “los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, art. 50).

Por ello, podemos inferir que existen otros supuestos que deben ser considerados como excepciones al derecho a retracto, como la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización o de fácil estandarización.

Teniendo en cuenta el concepto de lo que el Estatuto y la SIC entienden como consumidor, y los derechos que le asisten como destinatario final del bien o servicio, es apenas natural preguntarnos ¿qué sucede cuando presenciamos

un contrato cuyo objeto es la adquisición de bienes o servicios que contienen características que ya conoce el comprador, pues las cualidades técnicas del producto han sido homogeneizadas en el mercado? ¿Bajo qué supuesto se justifica que el legislador considere necesario que el comprador posea el producto en sus propias manos? ¿desprotege esta situación a los proveedores y productores de bienes y servicios? ¿Sigue siendo esta una situación de desequilibrio que justifique la aplicación del derecho de retracto?

El artículo 47 admite la necesidad de proteger al proveedor cuando la relación contractual se basa en la adquisición del bien que ha sido confeccionado o hecho a la medida del comprador; es decir, aquellos bienes personalizados. Sin embargo, el supuesto opuesto (cuando las cualidades técnicas del bien o servicio son de común conocimiento) no es observado ni regulado con suficiencia, lo cual carece de sentido, pues naturalmente las partes conocen las características técnicas de los bienes o servicios.

Como es reconocido en otros ámbitos del derecho, existen bienes de fácil estandarización, que contienen características técnicas homogéneas y que, además, se adquieren mediante métodos no tradicionales, los cuales utilizan a diario grandes empresas que caen dentro de la denominación de “consumidor” de la Ley 1480 de 2011. La estandarización de los bienes o productos ha tenido un tratamiento especial en la legislación colombiana. Tan es así que, por su propia naturaleza, este tipo de productos se pueden adquirir mediante métodos especiales de contratación estatal, según la Ley 1150 de 2007, tal y como lo veremos más adelante.

Por ello, se podría decir que al no incorporar la adquisición de este tipo de bienes y servicios como una excepción al retracto se vulnera la seguridad jurídica contractual, como principio que garantiza que los derechos y obligaciones emanados de un acto jurídico tengan efectos legales. Lo mismo sucede con el principio *lex contractus, pacta sunt servanda*, contenido en el artículo 1602 del Código Civil colombiano (Ley 57, 1887), que establece que “los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales”.

Como este, podrían existir otros supuestos que no están siendo considerados dentro de las excepciones al derecho a retracto, por lo que el legislador debería acotar de manera más exhaustiva las condiciones para ejercer este derecho, en aras de regular más eficazmente su alcance y así proteger al consumidor en los casos en los que realmente se encuentra vulnerable.

## El Estatuto del Consumidor frente a otras disposiciones normativas

Ahora bien, con la intención de hacer un estudio integral del ordenamiento jurídico colombiano, y procurando así encontrar puntos de referencia en otros campos del derecho, se analizará la dinámica de las transacciones entre proveedores y compradores que escapan del alcance del derecho a retracto incorporado en el artículo 47 del Estatuto.

### (I) *La Ley 1150 de 2007*

Haciendo referencia a las leyes de contratación pública, a fin de contrastar herramientas que puedan ser aplicables al derecho privado, debemos mencionar la Ley 1150 de 2007, “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos” (Congreso de la República, Ley 1150, 2007). En ella se establece una serie de disposiciones especiales para regular la adquisición de bienes y servicios estandarizados por parte de entidades públicas.

La contratación pública en Colombia es una de las relaciones jurídicas más reguladas en el país. Esto obedece a la necesidad que tiene el Estado de cuidar el patrimonio público y de establecer normas y criterios que regulen con suficiencia cada uno de los aspectos relacionados con la contratación, a fin de proteger el erario por medio de una gestión administrativa eficiente por parte de los funcionarios públicos y a través de normas claras que regulan la selección de proveedores de bienes y servicios. De este modo, se cumplen los principios generales de la contratación pública, dentro de los cuales se resaltan los de planeación y selección objetiva. Sobre este último, el Consejo de Estado afirmó que la selección objetiva:

es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, el cual es la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. (Consejo de Estado, 1992)

El marco central de la contratación pública se encuentra en la Ley 80 de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la



Administración Pública” (Congreso de Colombia, Ley 80, 1993) y cuyo objeto principal es definir las reglas y principios que garanticen a las entidades públicas adquirir los mejores bienes y servicios en el mercado, así como contratar con el oferente más capacitado para satisfacer las necesidades o fines estatales. Es por ello que esta ley crea diferentes esquemas de contratación, como la licitación pública, el concurso de méritos, la contratación directa, la selección abreviada y la mínima cuantía.

La licitación pública es la modalidad de contratación más recurrente y utilizada por las entidades estatales, ya que es un proceso de selección residual, pero también el modelo de contratación que más elementos y requisitos exige para su ejecución. Sin embargo, el legislador exoneró el suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización de este esquema de contratación, como se verá más adelante.

Por otro lado, el proceso de selección abreviada está definida por la Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 2 como:

La selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual. (Congreso de la República, Ley 1150, 2007, art. 2)

Ahora bien, esta misma ley, entra a ampliar y reglamentar la Ley 80 de 1993 con el fin de establecer, entre otros temas, las causales por medio de las cuales las entidades públicas pueden contratar mediante selección abreviada. La primera de estas causales y la cual es objeto del presente artículo se encuentra en el artículo 2 – de las modalidades de la selección, numeral 2- selección abreviada, numeral a), que enuncia lo siguiente:

Serán causales de selección abreviada las siguientes: a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos. Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos

de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos.  
(Ley 1150, 2007, art. 2)

Esto evidencia una incongruencia en el sistema de leyes colombiano. Por un lado, la Ley 1150 de 2007, que por su naturaleza debe proteger los intereses públicos y, por consiguiente, contener requisitos más exigentes como marco de contratación estatal, reconoce y diferencia con suficiencia la singularidad de estos bienes y servicios. Tanto así que permite a las entidades gubernamentales comprar a través de un proceso de contratación mucho más corto y sencillo. Sin embargo, en el ámbito privado observamos que el estatuto del consumidor, como su nombre lo indica, se encarga de regular y proteger los derechos de los consumidores, pero no admite dentro de las excepciones al derecho al retracto aquellos bienes de fácil estandarización (cuyo concepto está predefinido por ser objetos y servicios que comparten las mismas características).

La dicotomía expuesta puede obedecer a que el legislador entiende que, al tratarse de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, no es necesario que las entidades gubernamentales ponderen previamente las características del objeto del contrato, dado que estas ya son de común conocimiento para las partes. Sin embargo, esto no se refleja en las excepciones del artículo 47 de la Ley 1480 de 2011.

## *(II) Determinación de la responsabilidad por daños por producto defectuoso*

168

Es natural bajo el marco de un contrato que el legislador propenda a la existencia de mecanismos de protección generales hacia los compradores cuando el producto es defectuoso, pues si el bien o servicio objeto del contrato carece de las cualidades y calidades acordadas entre las partes de la relación jurídica, esto afecta directamente los intereses del comprador, lo cual genera un desequilibrio económico. El Estatuto del Consumidor define al producto defectuoso como “aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, art. 5). Por ello, es apenas normal que cuando esto sucede existan herramientas, como la rescisión del contrato o la reposición del objeto, que restauren el daño causado.

El ejercicio de la acción resolutoria del contrato exige un criterio objetivo para que esta se constituya. Sin embargo, incluso bajo el supuesto de que el producto no corresponde con las características del contrato, la carga de la prueba cae sobre el “afectado”, es decir, sobre el consumidor, según lo dicta el artículo 21 del Estatuto del Consumidor: “Artículo 21. Determinación de la responsabilidad por daños por producto defectuoso. Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexócausal entre este y aquel” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, Artículo 21).

Por lo tanto, además de una justificación objetiva (de que el producto es defectuoso), es necesario que el consumidor pruebe el hecho para que se resuelva el contrato y que el equilibrio económico se reestablezca, para volver las cosas a su estado precontractual o, en su defecto, para que se ejecuten las garantías aplicables. Sin embargo, esta es una situación paradójica, pues el derecho a retracto (el cual no exige que se invoque ningún criterio razonable, como que el producto sea defectuoso) se activa con el mero hecho de que el consumidor exprese su voluntad de resolución del contrato, y tan solo con esta acción nuestro sistema de leyes le brinda efectos jurídicos a dicha salida unilateral del contrato. Por esto, parece más fácil para el consumidor alegar un derecho a retracto que una responsabilidad por daños o bienes defectuosos, aun cuando esto implique falta de calidad en el producto.

### *(III) Desconocimiento de herramientas jurídicas como los acuerdos preliminares*

Bajo el estudio sistemático de las leyes dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es oportuno aludir a la existencia de herramientas precontractuales dentro del desarrollo o negociación de los acuerdos de compraventa, que en general sirven para manifestar el interés de las partes en celebrar un contrato futuro. Algunos de estos acuerdos preliminares son, por ejemplo, la carta de intención, el acuerdo de principio o el contrato de promesa de compraventa. Estos acuerdos tienen como fin plasmar la intención de las partes de obligarse a celebrar un contrato que genere futuros efectos jurídicos. Sin embargo, los acuerdos mencionados, salvo el contrato de promesa de compraventa, son manifestaciones cuya revocabilidad puede darse de manera unilateral. Como referencia Fernando Hinestrosa:

A diferencia de lo que sucede con los acuerdos preliminares: carta de intención, acuerdo de principio, puntuación, y con la oferta, que son de natural revocables, el contrato de promesa no es revocable unilateralmente. “La promesa de contrato crea a favor del destinatario de ella una situación estable, una seguridad jurídica que le da una ventaja considerable”. Las partes quedan firmemente comprometidas en los términos de la promesa, y ninguna de ellas puede desdecirse o modificar por su sola cuenta lo allá acordado. (Sabatier, 1964, como se citó en Hinestrosa, 2006, p. 37)

Ahora bien, teniendo en cuenta que las modalidades de contratación que admiten el retracto son las “ventas de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011), podríamos decir que la naturaleza de estos contratos no excluye la utilización de los acuerdos preliminares. Sin perjuicio de ello, también es probable que, al menos en la venta de tiempos compartidos, este tipo de herramientas no sean comúnmente utilizadas, especialmente porque este modelo de negocio suele llevarse a cabo mediante acuerdos por adhesión a los cuales se someten los consumidores.

Por ello, el artículo 47 del Estatuto del Consumidor desconoce los instrumentos jurídicos que permiten a las partes hacer negociaciones previas, ya que precisamente en esta etapa precontractual hay lugar a que las partes efectúen un proceso de debida diligencia (*due diligence*), y este es, entonces, el momento oportuno para que alguna de las partes deje sin efectos legales las conversaciones precontractuales, sin necesidad de perfeccionar un contrato y posteriormente dejarlo sin efectos, lo que vulnera varios principios del derecho descritos a lo largo del documento.

Aun así, de acuerdo con el enunciado de Hinestrosa, el contrato de promesa de compraventa es un acuerdo preliminar, que no está sujeto a la irrevocabilidad unilateral, por lo que paradójicamente parece ofrecer más seguridad y certeza jurídica al vendedor que el contrato de compraventa en sí mismo, siempre que se celebre en el marco de una relación de consumo, pues el derecho al retracto le permite al consumidor desligarse de vínculos legalmente contraídos, sin sanción o consecuencia jurídica alguna.

## Conclusiones y propuesta de la autora

Desde diferentes perspectivas se ha demostrado que el derecho al retracto no está articulado con otras disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano; este representa una excepción o un desconocimiento de los principios civiles de contratación, ignora la existencia de herramientas precontractuales y carece de criterios objetivos para establecer lineamientos claros que permitan determinar las condiciones de vulnerabilidad del consumidor y, por tanto, la relación de consumo. Lo anterior no quiere decir que el derecho a retracto, incorporado en el artículo 47 del Estatuto del Consumidor, no sea necesario; esta prerrogativa es parte de los derechos otorgados en virtud de la desigualdad material que sufre el consumidor en la mayoría de las relaciones comerciales de las que forma parte. Sin embargo, a fin de contar con un sistema de leyes congruente, es imperativo que el Estatuto del Consumidor sea regulado con más detalle y en consideración de diferentes supuestos fácticos.

En primer lugar, existe la necesidad evidente de crear criterios de mercado que segmenten las personas jurídicas dentro del marco de las relaciones de consumo, para determinar en qué casos existe una desigualdad material y, por consiguiente, delimitar los casos en los que es posible legitimar dichas personas jurídicas como *consumidores*. Algunos de los criterios que se proponen son: (I) la capacidad organizacional, administrativa y funcional de las empresas; (II) la experiencia de negociación de la entidad; (III) la proporcionalidad de la cuantía en discusión sobre el total de compras efectuadas anualmente por el consumidor; y (IV) la existencia previa de acuerdos marco que contengan características estandarizadas del bien o servicio en el mercado.

Asimismo, es menester que el legislador cree disposiciones que identifiquen con mayor claridad las relaciones de consumo, a fin de diferenciarlas concluyentemente de las relaciones meramente comerciales.

Finalmente, las excepciones al derecho de retracto que se encuentran descritas en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 no contemplan otros supuestos fácticos que podrían impactar de manera significativa la certeza jurídica para los productores y proveedores de bienes y servicios, desdibujando la autonomía de la voluntad de las partes. Por lo anterior, corresponde al legislador estudiar la viabilidad de robustecer el régimen de excepciones del derecho a retracto, a través de criterios claros y objetivos que deriven en un adecuado ejercicio de este derecho.

## Referencias

- Bahamón, M. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23523/1/elementos-y-presupuestos-de-la-contratacion-estatal.pdf>
- Beltrán, G. (2020). Aplicación extensiva del derecho del consumo a relaciones jurídico- comerciales. *Revista e-Mercatoria*, 19(2), 3-34. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/7250>
- Bernal, M. (2012). Ventas a distancia y su tratamiento en el nuevo estatuto del consumidor. *Vniversitas*, 124, 43-61. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n124/n124a03.pdf>
- Calderón, J. J. (2018). *La constitucionalización del derecho privado* (tercera ed.) (E. Temis, Ed.). Universidad de los Andes.
- Código Civil. (1887). Ley 57. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>
- Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). Ley 80. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>
- Congreso de la República de Colombia. (10 de julio de 2000). Ley 590. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=12672#:~:text=Créase%20el%20Fondo%20Colombiano%20de,es%20la%20financiación%20de%20proyectos%2C>
- Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007). Ley 1150. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=184686>
- Congreso de la República de Colombia. (12 de octubre 2011). Ley 1480. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44306#:~:text=Esta%20ley%20tiene%20como%20objetivos,para%20su%20salud%20y%20seguridad>
- Congreso de la República de Colombia. (31 de diciembre 2020). Ley 2068. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=172558#:~:text=La%20presente%20ley%20tiene%20por%20objeto%20fomentar%20la%20sostenibilidad%20e,tur%3%ADstica%2C%20a%20través%20de%20la>

- Congreso de la República de Perú. (2010). Código de Protección y Defensa del Consumidor [Ley n.º 29571]. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20195/177451/CodigoDProteccionyDefensaDelConsumidor%5B1%5D.pdf/934ea9ef-fcc9-48b8-9679-3e8e2493354e>
- Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (1992). Ley Federal de Protección al Consumidor. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/html/wo12974.html#:~:text=ARTÍCULO%2056.,su%20consentimiento%20sin%20responsabilidad%20alguna>
- Consejo de Estado. (20 de mayo de 1992). Sentencia del 20 de mayo de 2010. Radicado n.º 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992).
- Constitución Política de Colombia. (1991). <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>
- Constitución de la República Española. (1931).
- Corte Constitucional de Colombia. (30 de agosto de 2000). Sentencia C-1141/00. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1141-00.htm>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de abril de 2009). Sentencia del 30 de abril de 2009. <https://www.cortesuprema.gov.co>
- Díaz, J. (2016). La Carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada al ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. *Entramado*, 12(1), 202-221. <https://doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>
- Diéguez, R. (2009). El derecho de desistimiento en el marco común de referencia. *InDret*, 2, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1418039](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1418039)
- Garcés, P. A. (2014). *El consentimiento, su formación y sus vicios*. I. U. Envigado.
- Herrera, B. (2013). La constitucionalización de los derechos del consumidor en Colombia: un análisis desde los derechos sociales fundamentales. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 13(25), 33-48. <https://revistas.usgioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/127/119>
- Hinestrosa, F. (2006). Contratos preparatorios, el contrato de promesa. *Revista de derecho Privado*, (11), 33-56. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/573/541>

- Jaramillo, C. (2015). *La compraventa en el derecho del consumo: comentarios generales en torno a su regulación en el nuevo estatuto del consumidor*. Grupo Editorial Ibáñez. <https://www.libreriadelau.com/la-compraventa-en-el-derecho-del-consumo-comentarios-generales-en-torno-a-su-regulacion-en-el-nuevo-estatuto-del-consumidor/p>
- Juste, J. (2002). *La protección del consumidor en la contratación a distancia. En particular, los contratos celebrados por medios electrónicos*. Consejo General del Poder Judicial y Secretaría general técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Linares, M. (2017). *Caracterización del derecho de retracto en Colombia*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Pabon, C. y Mora, A. (2014). Límites al ejercicio abusivo del derecho a retracto. *Revista de derecho y economía*, (41), 67-86. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/contxtto41&div=7&sid=&page=>
- Parlamento Europeo. (25 de octubre de 2011). Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan. <https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. (2 de diciembre de 1982). Decreto 3466. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2764#:~:text=Dicta%20normas%20relativas%20a%20la,sus%20productores%2C%20expendedores%20y%20proveedores>
- Presidencia de la República de Colombia. (12 de agosto de 2014). Decreto 1499. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=58936>
- Presidencia de la República de Colombia. (5 de junio de 2019). Decreto 957. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20957%20DEL%2005%20DE%20JUNIO%20DE%202019.pdf>
- Rusconi, D. D. (2013). La noción del consumidor en la Ley 1480. *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*. Editorial Ibáñez. [https://www.academia.edu/14724516/La\\_noci%C3%B3n\\_de\\_consumidor\\_en\\_la\\_Ley\\_1480\\_de\\_Colombia](https://www.academia.edu/14724516/La_noci%C3%B3n_de_consumidor_en_la_Ley_1480_de_Colombia)



- Sayas, R. y Tovío, J. (2015). Criterios para establecer el ámbito de aplicación del Nuevo Estatuto del Consumidor. *REVISTA VIS IURIS*, 3(2), 111-126. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/952/797>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2 de septiembre de 1996). Concepto n.º 96027242.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (9 de mayo de 2003). Concepto 03025237.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2013). Concepto 13-229019-00001-0000 del 12 de 2013. [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Concepto\\_13\\_229019.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Concepto_13_229019.pdf)
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2016). Concepto 16-230075-5-0. [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Concepto\\_16-230075.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Concepto_16-230075.pdf)
- Superintendencia de Industria y Comercio. (s. f.). Glosario. <https://www.sic.gov.co/glosario-gcm>
- Tamayo, S. y Tamayo, D. (2015). *EL DERECHO DE RETRACTO, ¿una condición suspensiva o resolutoria?* (Trabajo de grado presentado para optar al título de abogado). Universidad EAFIT, Escuela de Derecho. [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8256/Susana\\_TamayoJaramillo\\_David\\_TamayoRestrepo\\_2015.pdf?sequence=2](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8256/Susana_TamayoJaramillo_David_TamayoRestrepo_2015.pdf?sequence=2)



## COMPLEMENTOS

---



# INDICACIONES PARA LOS AUTORES

## Recepción de artículos

Los artículos postulados a *Precedente* deben ser artículos inéditos resultado de un ejercicio de investigación científica, reflexión teórica o revisión bibliográfica.

Es necesario que los artículos postulados no estén participando en procesos de evaluación en otras revistas.

Los artículos deben enviarse al correo electrónico [precedente@icesi.edu.co](mailto:precedente@icesi.edu.co)

## Proceso de evaluación

El Comité Editorial de *Precedente* ha establecido un proceso de evaluación para los artículos que recibe en consideración. Al recibir un artículo el Comité Editorial evalúa la pertinencia académica del mismo y su cumplimiento de las normas editoriales establecidas por la revista. Luego procede a contactar dos pares académicos expertos en el tema que aborda el artículo para que evalúen su originalidad, actualidad de la bibliografía, dominio de la bibliografía, claridad en la argumentación, calidad de la redacción, calidad científica del artículo y la importancia y pertinencia del tema.

Con base en el concepto de los pares evaluadores el Comité Editorial de la revista toma la decisión final de negar o aprobar –con o sin modificaciones– la publicación del artículo. Cuando se sugieran modificaciones el autor, éste deberá incorporálas en un plazo no mayor a 20 días. Durante todo el proceso el Comité Editorial asegurará el anonimato de los pares evaluadores y del autor. La decisión adoptada por el Comité Editorial acerca de la publicación del artículo es inobjetable. El Comité editorial o en su defecto el Coordinador editorial de la publicación se encargará de informar a los autores oportunamente del proceso de evaluación de los artículos y de las decisiones tomadas al respecto.

## Normas editoriales

Los artículos presentados al Comité Editorial de *Precedente* deben cumplir con las siguientes normas editoriales:

- Extensión entre 15 y 20 páginas, no cuenta la bibliografía, los anexos, ni los cuadros o imágenes que los artículos puedan tener.
- Los artículos deberán estar antecedidos por una página de presentación donde aparezca el nombre del autor, seguido de su correo electrónico y filiación institucional. Esta página también deberá presentar en español,

inglés y portugués el título del artículo, un resumen analítico (de máximo 100 palabras) y de tres a cinco palabras clave. Finalmente, en una nota pie de página que se desprenda del título, los datos de la investigación en que se enmarca el artículo.

- El autor del artículo debe tener en cuenta la clasificación de Minciencias para garantizar la calidad del artículo objeto de publicación en revistas. En este sentido el autor debe indicar en su artículo la categoría a la que pertenece. Y debe recordar que las categorías a, b y c son las que cuentan para indexación. Las clasificaciones son:
  1. **Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
  2. **Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
  3. **Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.
  4. **Artículo corto.** Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.
  5. **Reporte de caso.** Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
  6. **Revisión de tema.** Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.
  7. **Cartas al editor.** Posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la revista, que a juicio del Comité editorial constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.

8. **Editorial.** Documento escrito por el editor, un miembro del comité editorial o un investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la revista.
9. **Traducción.** Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.
10. **Documento de reflexión no derivado de investigación.**
11. **Reseña bibliográfica.**
12. **Otros**

- Letra Goudy Old Style, tamaño 12, espacio sencillo, tamaño del papel carta y márgenes de 3cm por cada lado. Los títulos y subtítulos del artículo deben estar en negrita, en altas y bajas, por ejemplo: Estudios de mujeres e historiografía.
- Los autores son responsables de conseguir los permisos necesarios para la reproducción de imágenes, ilustraciones, figuras y citas extensas que lo requieran.
- Las notas a pie de página se deben usar exclusivamente para hacer aclaraciones o discreciones sobre el texto, no para citar textualmente a un autor o hacer referencias bibliográficas.
- Las citas deberán realizarse dentro del texto siguiendo el formato APA. Entre paréntesis el apellido del autor, seguido de una coma y el año de edición, así: (Pérez, 1990).
- Para las citas textuales se agregarán dos puntos y el número de página, así: (Pérez, 1990: 60). Cuando el texto citado tenga menos de 40 palabras sólo se colocan comillas, si supera este límite se ubicará en un párrafo aparte con sangría a cada lado y tamaño de letra 11:

Leer bien es arriesgarse a mucho. Es dejar vulnerable nuestra identidad, nuestra posesión de nosotros mismos. [...] Así debiera ser cuando tomamos en nuestras manos una gran obra de literatura o de filosofía, de imaginación o de doctrina. Puede llegar a poseernos tan completamente que, durante un tiempo, nos tengamos miedo, nos reconozcamos imperfectamente. Quien haya leído 'La metamorfosis' de Kafka y pueda mirarse impávido al espejo será capaz, técnicamente, de leer letra impresa, pero es un analfabeto en el único sentido que cuenta (Steiner, 1994: 26).

- En las coautorías se deberá citar así: el nombre del primer autor seguido de una coma, agregando la abreviatura *et al.* –en cursiva–, año de la edición seguido de dos puntos y el número de la página, así: (Pérez, *et al.*, 1990: 60).
- La información completa de los textos citados se colocara al final del artículo en una página titulada Referencias.

**Libro:**

a) *De un solo autor*

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Bonilla, M. E. (1984). *Jaulas*. Planeta.

b) *De dos autores:*

Apellidos, Inicial(es) del nombre, y Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Builes, C. y Pietagrua A. (1994). *De los goces del cuerpo*. Himeneo.

c) *De tres autores o más*

Apellidos, Inicial(es) del nombre, Apellidos, Inicial(es) y Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Jaramillo, M. M., Osorio, B. y Robledo, A. I. (2000). *Literatura y narrativa colombiana del siglo XX*, Vol. 1. Ministerio de Cultura.

**Capítulo de libro:**

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título del capítulo. En Inicial(es) del nombre y Apellido(s) del editor, coordinador o compilador, Título completo del libro (siempre en cursiva) (pp.). Editorial.

Cortázar, J. (1997). Algunos aspectos del cuento. En L. Zavala, *Teorías del cuento, I: Teorías de los cuentistas* (pp. 60-75). UNAM.

**Artículo de revista:**

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título del artículo. Título de la revista (siempre en cursiva), Vol. (siempre en cursiva) (Número), pp.

Ágredo Piedrahita, O. (2002). El Odio es más fuerte que dios. *Poligramas*, 1 (17), 63-73.



**Artículo de prensa:**

Apellidos, Inicial(es) del nombre “Título artículo” (siempre entre comillas),  
Título periódico (siempre en cursiva), Ciudad, día y mes, año.

**Tesis:**

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). “Título tesis” (siempre entre comillas),  
Tesis pregrado/PhD/Maestría, Universidad.

# INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

## Submission of papers

Papers submitted for publication in the *Precedente* Journal must be unpublished articles that result from scientific research, theoretical reflection, or bibliographical review.

Papers submitted for publication must not be under evaluation or review for publication in other journals.

The articles should be sent to the following email: [precedente@icesi.edu.co](mailto:precedente@icesi.edu.co)

## Evaluation process

The Editorial Committee at *Precedente* has established a process to review articles submitted for consideration. After receiving an article, the Editorial Committee conducts an assessment to determine the academic relevance of the article and checks for conformance with the editorial rules of the journal. Then, the Committee contacts two academic peers who are experts in the subject matter for them to read the article and assess the following aspects: originality, current bibliography, proper use of bibliography, clear arguments, quality of writing, scientific quality, and significance and relevance of the topic.

Based on the opinion of the academic peers, the Editorial Committee makes a final decision to accept (either with or without modifications) or reject an article for publication. When suggestions are made, authors are to incorporate them within 20 days. Throughout the entire process, the Editorial Committee ensures that the identity of the evaluating peers and authors remain undisclosed to each other. Decisions made by the Editorial Committee as to the publication of the articles may not be contested. Either the Editorial Committee or, in its absence, the Editorial Coordinator is responsible for advising the authors of the status of the article evaluation process and associated decisions made in a timely manner.

## Editorial rules

The articles submitted to the Editorial Committee at *Precedente* must meet the following editorial rules:

- The length of the articles must be from 15 to 20 pages, excluding bibliographical references, attachments, charts or images that may be provided in the articles.

- The articles must be preceded by a cover page that provides the author's name followed by his/her e-mail address and organization. The cover page must also provide the title of the article, a summary (of no more than 100 words), and from three to five key words, in both English, Spanish and Portuguese.
- Lastly, the authors must also include a footnote linked to the article title with details of the relevant research that provided the framework for the article.
- The authors are to take into account the Minciencias classification system in order to guarantee the quality of their articles for publication in journals. In this respect, authors must indicate the category to which their articles belong. They must bear in mind that categories a, b, and c are the ones eligible for indexing. A description of each kind of classification is provided below:
  1. **Scientific and technological research article.** A document that provides a detailed discussion of the original results of completed research projects. In general, it has a structure that consists of four major sections, i.e. introduction, methodology, results, and conclusions.
  2. **Reflection article.** A document that presents the results of completed research from the author's analytical, interpretative, or critical perspective with regard to a specific topic referencing original sources.
  3. **Review article.** A document that results from completed research which provides an analysis, discussion, and compilation of results of published or unpublished research in a field of science or technology for the purpose of reporting on the progress and latest development trends. It is characterized by incorporating a thorough bibliographic review of at least 50 different references.
  4. **Short article.** A brief document that presents the preliminary or partial original results of scientific or technological research work which, in general, need to be disclosed promptly.
  5. **Case report.** A document that discusses the results of a study of a specific situation aiming at divulging technical and methodological experiences with a specific case. It includes a systematic review with comments on literature available regarding similar cases.
  6. **Topic review.** A document that results from a critical review of existing literature about a specific topic or subject.

7. **Letters to the editor.** Critical, analytical or interpretative positions with regard to documents published in the journal which, at the discretion of the Editorial Committee, provide a significant contribution to the discussion of the subject on the part of the scientific community.
8. **Editorial.** A document written by the editor, a member of the editorial committee, or a guest researcher regarding orientations in the journal's field of specialization.
9. **Translation.** Translations of classic or current texts or transcriptions of historical documents or documents of special interest within the journal's range of topics of publication.
10. **Reflection document not resulting from research.**
11. **Bibliographic outline.**
12. **Other**

- Font type: Goudy Old Style, font size 12, single spacing, letter paper size, and 3-cm margins on each side. The titles and subheadings of the articles must be written in bold, using capital and small letters. For example: **Women's studies and historiography.**
- Authors are responsible for obtaining the necessary licenses for reproducing images, illustrations, charts, and extensive quotations, if so required.
- Footnotes are used only for making clarifications or qualifications of the text, not for textually quoting another author or providing bibliographic references.
- Quotations are provided in the document following APA format guidelines. The author's last name is provided in parentheses followed by a comma and the year of the publication, e.g. (Smith, 1990).
- A colon and the page number are added in the case of textual quotations, e.g. (Smith, 1990: 60). When the quoted text is less than 40 words long, only quotes are provided, but if the text exceeds this limit, then a separate indented (on both sides) paragraph in font size 11 is provided. To read well is to take great risks.. It is to make vulnerable our identity, our self-possession.. [...] This is how it should be when we take a masterpiece of literature or philosophy, of imagination or doctrine, in our hands. It can take hold of us to such an extent that, for some time, we have fear of ourselves, we acknowledge our own imperfections. Anyone who has read Kafka's *Metamorphosis* and can look at himself in the mirror unperturbed

is indeed technically able to read the printed word, but is illiterate in the only sense that matters (Steiner, 1994: 26).

- In the case of coauthorship, references to the coauthors are provided as follows: the first author's name followed by a comma, the abbreviation *et al.* in italics, the year of publication followed by a colon, and the page number, e.g. (Smith, *et al.*, 1990: 60).
- The use of the following abbreviations *ibid.*, *op. cit.*, and *loc. cit.* is not allowed. The quoted author's name is to be provided as many times as necessary.
- Complete information about the referenced texts is supplied at the end of the article in a page titled Bibliography.

### **Book:**

a) By a single author

Last name, name initials (Year). Complete title of the book (always in italics). Publisher.

For ex. Bonilla, M. E. (1984). *Jaulas*. Planeta.

b) By two authors:

Last names, name and last name initials, name initial(s) (Year). Complete title of the book (always in italics). Publisher..

For ex. Builes, C. y Pietagrua A. (1994). *De los goces del cuerpo*. Himeneo.

c) By three or more authors

Last name, name initials, last names, name initial(s), and last names, name initial(s) (Year). Complete title of the book (always in italics). Publisher.

Jaramillo, M. M., Osorio, B. y Robledo, A. I. (2000). *Literatura y narrativa colombiana del siglo XX*, Vol. 1. Ministry of Culture.

### **Book chapter:**

Last name, name initial(s) (Year). Chapter title. From Coordinator's or compiler's name initial(s) and last name, Complete title of the book (always in italics) (pp.). Publisher.

For ex. Cortázar, J. (1997). Algunos aspectos del cuento. From L. Zavala, *Teorías del cuento, I: Teorías de los cuentistas* (pp. 60-75). UNAM.

**Journal article:**

Last name, name initial(s) (Year). Article title. Name of the journal (always in italics), Vol. (always in italics) (issue), pp.

Ágredo Piedrahita, O. (2002). Hatred is stronger than God. *Poligramas*, 1 (17), 63-73.

**Press article:**

Last name, name initials, “article title” (always in quotes), newspaper title (always in *italics*), city, day, month, and year.

**Thesis:**

Last name, name initials (Year). “Thesis title” (always in quotes), undergraduate, graduate, or doctoral thesis, University.



Este número de *Precedente* se terminó de imprimir en el mes de enero de 2023 en los talleres gráficos de Carvajal Soluciones de Comunicación (cotizaciones@carvajal.com), Cali, Colombia. En su preparación, hecha en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi, se utilizaron tipos *Goudy Old Style BT* 11 / 15 y 10 / 14. La edición, que consta de 100 ejemplares, estuvo al cuidado de Yecid Echeverry Enciso.





2023

---

- The Autonomy Challenge: Examining the Pre-emption Thesis in Judicial Reasoning and Precedent
- Las diferentes olas de participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991
- Transformation of Land Relations in Ukraine to Market Conditions
- Ensuring Rights of Victims Under the Criminal Procedure Code of Ukraine: Current Issues and Prospects
- El derecho al retracto y sus inconsistencias dentro del ordenamiento jurídico colombiano