

## ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA No 125 DE 2012\*

**Carlos Augusto Viáfara López\*\***

El pasado 27 de septiembre el Ministerio del Interior radicó el proyecto de Ley Estatutaria 125 de 2012, por el cual se establece la Ley de Participación y Representación para las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, que ha sido acuñado como Proyecto de Igualdad de Oportunidades para la Población Afrocolombiana. Según se redacta en el proyecto, las medidas de política pública consignadas allí se basan en las recomendaciones de la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana, Negra, Palenquera y Raizal, que enfatizó en la importancia de implementar políticas de acción afirmativa para población Afrodescendiente en Colombia, con el fin de alcanzar una mayor igualdad de oportunidades que es el principio fundamental de toda sociedad meritocrática.<sup>1</sup>

A continuación se presenta un análisis sucinto de los aspectos mínimos en torno al proyecto de Ley que se considera deben ser mejorados para que estén en consonancia a los estándares constitucionales, internacionales, recomendaciones de política pública y demás en materia de políticas de acción afirmativa. Es importante señalar que este artículo se deriva de los comentarios y recomendaciones que se hicieron al Proyecto de Ley en el marco del proyecto “Diseño de un modelo de política pública para la implementación de políticas de acción afirmativa en Colombia”, que adelanta la Red Mutis de Universidades, los cuales fueron entregados para jerarquizar el Proyecto de Ley al Senador Helmelt Hurtado (Coordinador Ponente).

Antes de empezar a puntualizar los aspectos que

son particularmente problemáticos del Proyecto de Ley, es importante aludir que las acciones afirmativas son políticas temporales que se aplican para mejorar las condiciones de vida de grupos que por sí mismos no pueden alcanzar la igualdad efectiva. De hecho, la inherente vulnerabilidad de la población Afrocolombiana, debería llevar a la introducción de mecanismos correctivos que vayan más allá de la simple garantía de igualdad de oportunidades en el sistema educativo, el mercado laboral y la participación política. Las políticas exclusivamente dirigidas a brindar igualdad de oportunidades, no necesariamente generan la corrección y no logran reparar las desigualdades originarias derivadas del período colonial, debido a los procesos de autorreforzamiento asociados a los rezagos acumulativos, y a la presencia de lógicas de mercado contemporáneas que refuerzan los efectos discriminatorios aún presentes en la sociedad Colombiana, a pesar del proceso de mestizaje.

Hecha la observación anterior, en primer lugar, en el objeto del proyecto de Ley, y a lo largo del texto de la Ley, se define el objeto jurídico de protección como el “derecho fundamental a la identidad étnica”. Igualmente, se habla de “discriminación étnica” como la conducta a sancionar, y de “identidad étnica” como objeto de medidas de promoción. Un uso similar de los conceptos y el lenguaje se evidencia a lo largo de la exposición de motivos. Es importante anotar que aunque la variable étnica es relevante social y constitucionalmente, en realidad la Ley está encaminada igualmente a combatir la discriminación y la

\*Este documento surge del proyecto “Diseño de un modelo de política pública para la implementación de políticas de acción afirmativa en Colombia”, que adelanta la Red Mutis de Universidades.

\*\*Profesor Universidad del Valle. Este artículo hace parte de un análisis conjunto realizado con los profesores Juan Camilo Cárdenas y César Rodríguez Garavito (U. de los Andes), y Ana Margarita González (ORD/UniAndes).

<sup>1</sup>Es importante mencionar a estos efectos que sorprenden las declaraciones del Presidente Juan Manuel Santos en torno a que no había afrocolombianos con méritos para ocupar puestos de alto nivel en el Gobierno Central cuando al mismo tiempo su Gobierno introduce una política supuestamente orientada a brindar la igualdad de oportunidades para la población afrocolombiana. ¿Entonces se podría interpretar que Colombia no es una sociedad meritocrática para los grupos diferenciados por su condición étnico-racial?

inequidad de oportunidades basada en la condición racial. Los recientes resultados del Proyecto PERLA muestra precisamente como la desigualdad en la estructura de oportunidades en Colombia y en varias sociedades latinoamericanas está relacionada con los colores de piel más oscuros. Como se hizo en la ley antidiscriminación aprobada por el Congreso en 2011, se recomienda incluir esta variable explícitamente y hablar de “discriminación étnico-racial” y, en general, de “identidad étnico-racial”.

En segundo lugar, en el capítulo I de educación e investigación, se propone la creación de una “bolsa especial” para la población Afrocolombiana mediante el establecimiento de las becas Manuel Zapata Olivella. Si bien es cierto que la creación de una línea de crédito dirigida a financiar estudios de educación superior para Afrocolombianos es una medida adecuada que fortalece el Fondo de Créditos Condonables ya instituido por la Ley 70/93, es preciso señalar que los artículos quinto y sexto del presente proyecto dan lugar a interpretaciones ambiguas con relación al destinatario/a de la línea de crédito, los requisitos y funcionamiento de los mismos. En los apartados objeto de análisis, no es claro si el crédito es ofrecido directamente por el ICETEX a estudiantes, quienes tendrían que aplicar al crédito por medio de las convocatorias y conductos establecidos por esta institución, o si el crédito será operado por instituciones de educación superior, quienes, a su vez, ofrecerán becas a estudiantes que cumplan con los requisitos señalados. Conforme a lo expuesto, se sugiere aclarar los puntos señalados, dando prelación al procedimiento y criterios establecidos en el artículo sexto e incorporar el propósito de la medida dispuesto en el artículo quinto.

Adicionalmente, es importante señalar que en la experiencia del fondo de créditos condonables para Afrocolombianos creado por la Ley 70/93 se evidenciaron irregularidades que deben ser evitadas en esta oportunidad, entre ellas, la incertidumbre frente a la consecución de recursos, la limitada cobertura y la ausencia de mecanismos de monitoreo y evaluación. Por lo tanto, consideramos que la propuesta más adecuada a este respecto debe ser solicitar un porcentaje

para población Afrocolombiana de los programas de créditos que opera el ICETEX, universidades u otro tipo de instituciones, con condiciones más pertinentes para la población Afrocolombiana.

En este mismo sentido, en lugar de crear un criterio adicional para la asignación presupuestal de universidades, instituciones técnicas o tecnológicas que podría estar expuesto a desmejoras progresivas, se propone que la asignación de un porcentaje de cupos para población Afrocolombiana sea un criterio para otorgar puntos en el Registro Calificado o proceso de acreditación de alto nivel de calidad de las universidades públicas y privadas.

En tercer lugar, el capítulo IV que establece medidas para mejorar la empleabilidad de la población Afrocolombiana y acceso al crédito, es quizás uno de los capítulos más débiles de este Proyecto de Ley. En términos generales no hay acciones afirmativas específicas para la vinculación de personas Afrocolombianas en el sector público y privado en consonancia con las experiencias internacionales. El Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial puede ser una acción complementaria pero no la fundamental para los objetivos de este capítulo, además es preciso que su definición se complemente con sanciones o beneficios para aquellas empresas privadas que obtengan o no dicha certificación. Adicionalmente, no se establecen los procedimientos y mecanismos específicos para promover los procesos productivos en territorios ancestrales y colectivos de población afrodescendiente consignados por ejemplo en la Ley 70/93 artículo 55. A este respecto, la estructura de propiedad de la tierra y la falta de garantías es un asunto importante que el artículo no esclarece.

En cuarto lugar, el capítulo VII que presenta una nueva regulación de los mecanismos de representación instituidos por la ley 70/93, es contrario al Convenio 169 de la OIT y a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la consulta previa. Al restringir los órganos de representación e interlocución únicamente a aquellos Consejos Comunitarios con título colectivo otorgado por el INCODER, se excluye a una porción mayoritaria de la población Afrocolombiana asentada en territorio

ancestral sin título colectivo y en zonas urbanas, que en suma, constituyen más del 70% de la totalidad de la población Afrodescendiente en Colombia.<sup>2</sup> Dado que el propósito general de la Ley es crear mecanismos que promuevan el desarrollo social y la equidad para la población Afrocolombiana, la inserción de este capítulo en el proyecto resulta inconveniente y da lugar a una eventual declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

En quinto lugar, teniendo en cuenta que uno de los temas centrales de esta iniciativa es el establecimiento de mecanismos para prohibir la discriminación en escenarios de representación política, organizaciones y sectores del poder público, los apartados dedicados a este tema necesitan una mayor elaboración. Es decir, estos artículos no pueden limitarse a reiterar el principio de no discriminación, pues deben estar orientados a proponer medidas que impliquen una acción positiva por parte del Estado. Conforme a lo expuesto, se somete a consideración la exclusión o reformulación de parte del articulado, de tal forma que las medidas propuestas procuren su concreción real en políticas públicas que atiendan a la naturaleza misma de las acciones afirmativas.

En sexto lugar, varios de los artículos establecen la cifra de 10% como el porcentaje que garantiza la representatividad de la población Afrocolombiana en las políticas de inclusión. Si bien es cierto, en el último censo del DANE esta cifra corresponde al porcentaje de población que se autoreconoció como Afrocolombiana en el ámbito nacional, ésta obvia los grandes diferenciales demográficos de la población Afrocolombiana a lo largo del país. El 10% convierte a la población Afrocolombiana en una minoría o grupo sub-representado en regiones y ciudades de alta concentración de población Afrocolombiana como Cali y Cartagena.

Por consiguiente, recomendamos que el proyecto reconozca los diferenciales sociodemográficos de la población Afrocolombiana por regiones y municipios de modo que no se establezca una cifra estática sino que el porcentaje sea al menos equivalente al resultado del censo más reciente teniendo en cuenta las diferencias demográficas por región.

Por último, el Proyecto de Ley no considera las recomendaciones de la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana, Palenquera y Raizal con relación a la inclusión de la variable étnico-racial en todo el sistema estadístico nacional. Es necesario incluir artículos que insten al Estado a la producción permanente de datos desagregados por la condición étnico-racial, de manera que se puedan evaluar y monitorear los programas propuestos en el proyecto de Ley.

Con todo, es muy importante para el mejoramiento de las condiciones de vida de la población afrocolombiana que este proyecto de Ley pueda involucrar de manera intrínseca las recomendaciones de políticas de acción afirmativa emanadas de la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Negra, Afrocolombiana, Palenquera y Raizal en el año 2009. El articulado de este Proyecto de Ley difiere substancialmente del planteado en el Proyecto de Ley derivado de la Comisión Intersectorial, y que de manera incomprensible no fue presentado al Congreso por parte del Ministerio de Interior en su momento. Adoptar las recomendaciones de la Comisión Intersectorial es pensar en un Proyecto de Ley para resarcir las grandes desigualdades estructurales que afectan el bienestar de la población afrocolombiana, y no meramente es una de “Ley de Participación y Representación” con una versión muy criticable de acciones afirmativas como el actual proyecto pretende fomentar.

<sup>2</sup>Esta cifra puede ser aún más alta como resultado de los fuertes cambios poblacionales de la población afrocolombiana en la última década asociados al fenómeno de desplazamiento forzado por motivos de violencia y a la tradicional migración económica por la falta de oportunidades en los municipios de mayor participación de población afrocolombiana.