

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO _____ DE 2016 SENADO

Por el cual se reconoce el derecho fundamental a la identidad étnica de las comunidades negras o población afrocolombiana, se adoptan políticas para la equidad e inclusión social de este grupo étnico, la igualdad de oportunidades y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

CAPÍTULO I Disposiciones generales

Artículo 1°. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto reconocer el derecho fundamental a la identidad étnica de las comunidades negras o población afrocolombiana, así como establecer acciones afirmativas que garanticen el principio de igualdad material de los miembros de esta población, para su inclusión con equidad.

Artículo 2°. Reconocimiento del derecho fundamental de la identidad étnica. Mediante la presente ley, se reconoce y reglamenta el derecho fundamental a la identidad étnica de las comunidades negras o población afrocolombiana.

Por consiguiente, y sin perjuicio del principio de autonomía judicial consagrado en el artículo 230 de la Constitución, los jueces, en sus providencias, ordenarán la protección del derecho a la identidad étnica, cuando de las circunstancias se infiera que la violación o amenaza o recae sobre aspectos que correspondan a este derecho.

Artículo 3°. Definiciones. Son definiciones básicas de la presente ley, entre otras, las siguientes:

Acciones afirmativas: Políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.

Afrocolombiano(a): Es un concepto político que se construye en el marco de la defensa de los derechos de la diáspora africana, con el cual se autodenominan las personas que han sido reconocidas como descendientes de los africanos traídos como esclavizados al Continente Americano. Llamamos Afrocolombianas a las

personas de raíces y ascendencia histórica, étnica y cultural africana nacidas en Colombia, con su diversidad racial, lingüística y folklórica.

Diversidad étnica: Variedad, desemejanza o diferencia entre miembros de grupos étnicos y otros grupos sociales.

Grupo étnico: Comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales e históricas.

Identidad étnica: Conjunto de afinidades raciales, lingüísticas, culturales propias de un individuo o de una colectividad que los caracterizan y diferencian frente a los demás.

Inclusión social: acción y efecto de incluir una persona o grupo en un entorno con el cual presentan diferencias de afinidad de costumbres, medios económicos, intereses, etc.; del cual han estado excluidos consuetudinariamente.

Máximo nivel decisorio: Para los efectos de esta ley, entiéndase como “máximo nivel decisorio”, el que corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades del sector público en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal.

Otros niveles decisorios: Para los efectos de esta ley, entiéndase por “otros niveles decisorios” los que correspondan a cargos de libre nombramiento y remoción de la función ejecutiva, del personal administrativo de la función legislativa y de los demás órganos del poder público, diferentes a los relativos al “máximo nivel decisorio”, y que tengan atribuciones de dirección y mando en la formulación, planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal, incluidos los cargos de libre nombramiento y remoción de la función judicial.

Respecto de aquellos términos no definidos en la presente ley o en otras análogas y necesarios para su cabal ejecución, estos se entenderán en su sentido natural y obvio. En su defecto, se podrá recurrir a la terminología científica, a los usos y costumbres socialmente aceptados y a las definiciones que otorgue la jurisprudencia de los tribunales internacionales en interpretación de los tratados sobre Derechos Humanos.

Artículo 4°. Garantías reconocidas mediante el derecho a la identidad étnica. Además de las acciones afirmativas consignadas en la presente ley, se entenderán como garantías del derecho fundamental a la identidad étnica, entre otras, las siguientes:

- a) El reconocimiento como miembro de un grupo étnico nacional;
- b) Las que tengan relación con la protección, conservación, promoción, recolección y divulgación de los usos, prácticas, representaciones, expresiones, conocimientos, costumbres y técnicas que constituyan el patrimonio cultural, material e inmaterial del grupo étnico;
- c) Las que tengan relación con la protección y conservación de los territorios colectivos y ancestrales de las comunidades negras, como espacio natural de desarrollo cultural del grupo étnico;
- d) La protección contra todo acto de tortura, discriminación, segregación o exclusión por razón de su pertenencia al grupo étnico;
- e) La adopción de medidas afirmativas que refuercen y garanticen la pertenencia al grupo étnico.

Artículo 5. Prevalencia de los tratados internacionales. De conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política de 1991, las disposiciones de la presente ley deben entenderse a la luz de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los cuales sea parte el Estado colombiano.

En aplicación del principio pro homine, en caso de contradicción entre las disposiciones de la presente ley y uno o más tratados internacionales sobre derechos humanos, prevalecerá la que otorgue una mayor garantía al derecho o libertad.

La jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos será una guía para interpretar las garantías contenidas en la presente ley.

CAPÍTULO II

Acciones afirmativas en el sector educativo y de investigación

Artículo 6. Línea Especial de Crédito para Estudios Superiores Manuel Zapata Olivella. Créase la Línea Especial de Crédito Manuel Zapata Olivella para financiar estudios de pregrado y posgrado a nivel de maestrías, doctorados, posdoctorados y estancias de investigación.

Estos créditos serán otorgados a miembros del grupo étnico afrocolombiano que hayan sido reconocidos como integrantes del mismo de conformidad con la reglamentación existente, en una proporción no menor al 10% de los recursos de todas y cada una de las líneas de crédito administradas por el Icetex.

Los estudios podrán realizarse en instituciones educativas de nivel superior oficialmente reconocidas, dentro o fuera del país.

En todos los casos, el crédito comprenderá la totalidad de los gastos académicos y un estipendio para sostenimiento.

Para postularse al crédito, será necesario que el aspirante haya sido debidamente admitido en la institución educativa. Si llegare a ser necesario el conocimiento de un idioma extranjero, se considerará un semestre adicional a la carrera, para el perfeccionamiento del mismo.

El Gobierno reglamentará las condiciones y características que debe cumplir la institución educativa, los requisitos que debe acreditar el aspirante, las causales de pérdida del crédito, así como las formas de retorno del valor del crédito.

Parágrafo. Si de los estudios de pregrado o de posgrado realizados con estos créditos resultaren avances científicos, artísticos, culturales o tecnológicos, podrá tomarse el crédito como inversión en ciencia y tecnología y condonar total o parcialmente el valor del mismo. El Gobierno regulará este aspecto.

Artículo 7. Complémentese el artículo 40 de la Ley 70 de 1993. El Fondo de Becas para Comunidades Negras creado en el artículo 40 de la Ley 70 de 1993, deberá contar todos los años con recursos para atender por lo menos el 50% de la demanda realizada al Fondo por los estudiantes de comunidades negras el año inmediatamente anterior.

Los estudios podrán realizarse en instituciones educativas de nivel superior oficialmente reconocidas, dentro o fuera del país.

En todos los casos, la beca comprenderá la totalidad de los gastos académicos y un estipendio para sostenimiento de los estudiantes a los cuales les fuere aprobada la misma.

Artículo 8. Requisitos para acceder al Fondo por parte de las Instituciones de Educación Superior. Las instituciones educativas nacionales públicas o privadas que sean elegibles para este Fondo, deberán firmar un acuerdo de cooperación con el Icetex, en el cual se establezcan entre otras, las siguientes cláusulas:

- a) Condiciones especiales de admisión para miembros de las comunidades negras o afrocolombianas, con prelación para aquellos que hayan terminado su bachillerato en municipios que se encuentren en situación crítica de pobreza y vulnerabilidad;
- b) Becas totales o parciales de matrícula para miembros de este grupo étnico, que hayan obtenido puntajes sobresalientes en los exámenes de estado y deseen estudiar en dicha institución; y

c) Un programa diferenciado y pertinente, de acompañamiento académico y fortalecimiento de la identidad cultural de los beneficiarios de este Fondo, que facilite su proceso de adaptación, permanencia y titulación en la institución.

Artículo 9. Acciones afirmativas para el acceso a becas. Las instituciones de educación superior que tengan programas de becas, deberán destinar por lo menos un 10% de ellas a las comunidades negras o población afrocolombiana.

Artículo 10. Cupos en las escuelas de oficiales de la Fuerza Pública. El Gobierno nacional otorgará cupos equivalentes a por lo menos el diez por ciento (10%) del total de admitidos a miembros del grupo étnico descrito en la presente ley en cada una de las escuelas de oficiales de la Fuerza Pública.

Estos cupos se otorgarán en cada promoción a partir de la siguiente convocatoria a la entrada en vigencia de la presente ley y en ellas se respetará la equidad de género. El Procurador General de la Nación, por sí o por intermedio de sus delegados, vigilará el proceso de selección de los becarios.

Las postulaciones serán avaladas por el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras o de la dependencia que haga sus veces, quien certificará la pertenencia étnica del aspirante de las comunidades negras.

Habrán dos líneas especiales de crédito para el cubrimiento de la totalidad de los gastos académicos y administrativos que estos estudios demandaren así como para gastos de sostenimiento personal durante el tiempo que dure su formación.

Parágrafo 1°. Si la persona favorecida con el cupo, luego de su graduación como oficial de la Fuerza Pública, permaneciera durante el periodo de tiempo requerido para su primer ascenso, el gobierno podrá condonar, total o parcialmente, el valor de los créditos entregados.

Parágrafo 2°. Para el desarrollo de esta política, el Gobierno nacional dará aplicación al principio de gradualidad, aumentando cada año en por lo menos el uno por ciento (1%) el total de los cupos asignados hasta llegar al diez por ciento (10%); máximo, en el año 2025.

Artículo 11. Financiación de investigaciones sobre etnicidad. Créase un fondo especial dentro del rubro general que maneja el Gobierno nacional a través de Colciencias y de las demás entidades encargadas de la promoción y desarrollo de la investigación científica y de la investigación formativa en Colombia con el objeto de financiar estudios relacionados con la identidad de las comunidades negras o población afrocolombiana.

Los estudios podrán hacerse desde las distintas áreas del conocimiento y deberán estar avalados por institutos de investigación, grupos de investigación acreditados ante Colciencias o por universidades oficialmente reconocidas.

Artículo 12. Cupos en universidades públicas. Con el objeto de garantizar la formación académica de los miembros del grupo étnico señalado en la presente ley, las universidades públicas adjudicarán por lo menos el diez por ciento (10%) de los cupos de pregrado en cada facultad o programa, en cada promoción, a miembros de este grupo que cumplan con unos requisitos de ingreso establecidos para tal fin.

La selección de los estudiantes la hará directamente la universidad y la única exigencia para el otorgamiento del cupo será la certificación otorgada por el Ministerio del Interior a través de la dependencia competente, quien lo certificará como miembro de las comunidades negras.

La educación será gratuita, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Parágrafo 1°. El porcentaje establecido en el inciso primero del presente artículo se establecerá a partir del número máximo con el que la universidad pretenda abrir el curso, sin importar el número de estudiantes efectivamente inscritos y matriculados.

Artículo 13. Difusión de los valores étnicos. Las instituciones educativas de educación básica y media, tanto del sector público como del sector privado, deberán adecuar sus currículos, dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la presente ley, para contemplar cursos sobre diversidad étnica y cultural, donde promocionen la historia, cultura, idiosincrasia e importancia de los grupos étnicos en la consolidación del Estado colombiano.

Artículo 14. De la Comisión Pedagógica de Comunidades Negras. La Comisión Pedagógica de Comunidades Negras, de la que habla en su artículo 42 la Ley 70 de 1993, se constituirá en todos los departamentos con procesos etnoeducativos afrocolombianos en desarrollo, con 20 miembros, elegidos de entre los educadores afrocolombianos que se hayan presentado a concursos oficiales de etnoeducación y las personas especializadas en el tema, que se inscriban para este fin en la Secretaría de Educación de su departamento, responsable de adelantar la elección, bajo criterios establecidos con las comunidades negras del mismo territorio.

La Comisión Pedagógica Nacional se constituirá con un representante por departamento, de aquellos que tengan comisión pedagógica departamental

conformada, uno por todos los que no cuenten con ella, uno más por cada departamento con mayoría de población afrocolombiana, de acuerdo con el censo nacional, y uno por las universidades que hagan parte de la Red de Universidades Afro.

El principal objetivo de las comisiones pedagógicas de comunidades negras tanto nacional como departamentales, será velar por la calidad de la educación que reciben los afrocolombianos en los niveles territoriales nacional, departamental, distrital y municipal, buscar oportunidades de acceso a educación superior para la población afro, y asesorar al Ministerio de Educación y a las Secretarías de Educación departamentales, Distrital y municipales en la formulación e implementación de la política etnoeducativa y en procesos de educación inclusiva para todos los colombianos.

Parágrafo 1°. Las Secretarías de Educación Departamentales y Distrital, tendrán 3 meses, a partir de la aprobación de la presente ley, para convocar a elecciones y constituir las Comisiones Pedagógicas de acuerdo con lo establecido en la misma, así como para elegir su representante o representantes, ante la Comisión Pedagógica Nacional. El Ministerio de Educación Nacional tendrá 3 meses más, para convocar a la Comisión Pedagógica Nacional y ponerla a operar. La financiación y operación tanto de la Comisión Pedagógica Nacional, como de las comisiones pedagógicas departamentales, será responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional.

Parágrafo 2°. El período de los comisionados pedagógicos departamentales y nacionales será de (2) años, reelegibles por una única vez. Cada una se dará su propio reglamento.

CAPÍTULO III

Acciones afirmativas en el ámbito de la participación política y democrática

Artículo 15. De las Curules por Circunscripción Especial de Comunidades Negras o Población Afrocolombiana. Quienes aspiren a ser elegidos al Congreso de la República por Circunscripción Especial de Comunidades Negras o población afrocolombiana, deberán:

- a) Pertenecer a las comunidades negras.
- b) Haber estado en espacios de representación a nombre de las comunidades negras, o ejercido un liderazgo reconocido en defensa de los derechos de esta población y tener conocimiento amplio de su problemática.
- c) Pertenecer a un concejo comunitario y a una organización de base dedicada a la defensa de los derechos de esta población, y ser avalado por ambos.

Parágrafo 1°. La pertenencia étnica será certificada por la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior o quién haga sus veces.

Parágrafo 2°. El haber estado en un espacio en representación de las comunidades negras, lo certificará la institución respectiva. El liderazgo reconocido en defensa de los derechos de esta población y conocimiento de su problemática, lo certificará la Consultiva Nacional de Comunidades Negras.

Artículo 16. Modifíquese el artículo 45 de la Ley 70 de 1993, el cual quedará como sigue. El Gobierno nacional creará la Comisión Consultiva Nacional de Comunidades Negras, con un representante por departamento, de todos los departamentos que cuenten con Consultiva Departamental de Comunidades Negras, un representante, por todos los departamentos que no cuenten con comisión consultiva departamental, un representante adicional por cada uno de los departamentos cuya población total sea mayoritariamente afro, un concejal afro en representación de todo los concejales afro elegidos en el territorio nacional; un alcalde afro en representación de todo los alcaldes afro elegidos en el territorio nacional; un diputado afro en representación de todo los diputados afro elegidos en el territorio nacional; un gobernador afro en representación de todo los gobernadores afro elegidos en el territorio nacional; y un Senador afro, en representación de todos los Senadores afro, elegidos en el territorio nacional; así como los representantes a la Cámara, elegidos por circunscripción especial de comunidades negras, por derecho propio.

Las Comisiones Consultivas Departamentales se constituirán en todos los departamentos de Colombia que cuenten con territorios colectivos y/o ancestrales de comunidades negras, titulados a no, con 30 miembros distribuidos como sigue. 10 en representación de los territorios colectivos o ancestrales, 10 en representación de las organizaciones de base y 10 en representación de las autoridades administrativas elegidas por elección popular y otros liderazgos presentes en el territorio, los cuales serán justificados por cada departamento atendiendo a sus particularidades y diferencias.

El principal objetivo de las comisiones consultivas de comunidades negras tanto nacional como departamentales, será hacer seguimiento al cumplimiento de los derechos colectivos reconocidos a las comunidades negras, así como al Plan Nacional de Desarrollo de las Comunidades Negras y a los acuerdos y compromisos que se realicen desde el Gobierno nacional en relación con esta población; asesorar al Gobierno nacional en la búsqueda de mejores oportunidades para la población afro y constituirse en espacio de consulta y concertación de todos los temas y acciones que puedan afectar a esta población atendiendo al nivel territorial de competencia, de acuerdo con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia en la Ley 21 de 1991.

Parágrafo 1°. Las secretarías del Interior Departamentales y Distrital o quien haga sus veces, tendrán 3 meses, a partir de la aprobación de la presente ley, para convocar a elecciones y constituir las Comisiones Consultivas Departamentales, de acuerdo con lo establecido en la misma; así como para elegir su representante o representantes, ante la Comisión Consultiva Nacional. El Ministerio del Interior a través de la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras o quien haga sus veces, tendrá 3 meses más, para convocar a la Comisión Consultiva Nacional de Comunidades Negras y ponerla a operar. La financiación y operación tanto de la Comisión Consultiva Nacional, como de las comisiones departamentales, será responsabilidad del Ministerio del Interior.

Parágrafo 2°. El período de los comisionados consultivos departamentales y nacionales será de (2) años, reelegibles por una única vez. Cada una se dará su propio reglamento.

Parágrafo 3°. Las representaciones ante las diferentes instancias de nivel nacional o departamental que deban ser elegidos por miembros de las consultivas nacional o departamentales, deberán recaer en miembros de las comunidades negras ajenos a las mismas, para lo cual establecerán el mecanismo de convocatoria, postulación y designación en cada caso.

Artículo 17. Participación efectiva. El acceso al desempeño de funciones públicas, en los niveles decisorios del Gobierno y demás ramas del poder público, de la población objeto de la presente ley, será en un porcentaje no menor al que dicha población registre en el censo poblacional vigente; fórmula que deberá aplicarse para los cargos de mayor jerarquía dentro de las estructuras administrativas de las dependencias y entidades oficiales de los ordenes nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal.

Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo aplica para cargos de libre nombramiento y remoción y para la provisión de cargos de elección.

Parágrafo 2. Cuando por virtud de un concurso de méritos, y luego de la evaluación y sumatoria de todos los factores porcentuales del concurso, deba configurarse la correspondiente lista de elegibles, tal configuración y la provisión de los cargos deberá hacerse observando rigurosamente el puntaje total obtenido por cada uno de quienes adquirieron el derecho de hacer parte de dicha lista. En consecuencia, no podrá ser excluida de la lista la persona negra, afrodescendiente, raizal o palenquera que habiendo concursado obtenga el puntaje requerido, quedando excluida la actuación discrecional en el marco del concurso de méritos.

Artículo 18. Nombramiento mediante los sistemas de ternas y listas. En las elecciones, nombramientos o designaciones que deban hacerse mediante el sistema de ternas o listas, en todos los niveles territoriales, tanto en el sector central como descentralizado, en donde exista presencia de comunidades negras o población afrocolombiana sin ser mayoría, se deberá incluir, previo cumplimiento de los requisitos legales, por lo menos, un representante del grupo étnico objeto de la presente ley o de otros grupos étnicos a los que se les haya reconocido tal condición.

Artículo 19. Reglas aplicables. La presente ley deberá aplicarse en armonía con lo dispuesto sobre el particular por los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política, y las leyes 581 de 2000, ley 70 de 1993 y ley 21 de 1991; y, de manera especial, se observarán los criterios siguientes:

1. Para efecto de los casos de ingreso y ascenso inherentes a la carrera administrativa o a cualquiera de los sistemas especiales de carrera de la administración pública, se promoverá y garantizará la participación de población afrocolombiana en los respectivos concursos para provisión o cursos para promoción.

2. El derecho a la participación consagrado en la presente ley aplicará al inicio de cada período de gobierno, a nivel Nacional, Departamental, Municipal o Distrital. Así mismo, al inicio del período de gestión de los jefes de las entidades y dependencias gubernamentales y órganos del Estado.

3. Cuando el respectivo nombramiento deba realizarse mediante un procedimiento complejo, o con la intervención de varias autoridades o entidades, el procedimiento que se establezca para la selección y nominación de candidatos deberá estar ajustado a criterios de enfoque diferencial étnico y de género.

4. Para la provisión de la cuota de género, a la que hace alusión la Ley 581 de 2000, siempre que sea posible, se dará prioridad a las mujeres afrocolombianas.

Artículo 20. Igualdad de remuneración. El Gobierno nacional, a través del Ministerio del Interior, del Ministerio de Trabajo, el Departamento Administrativo de la Función Pública y demás autoridades competentes, vigilarán el cumplimiento de la legislación que establece igualdad de condiciones laborales, con especial cuidado a que se haga efectivo el principio de igual remuneración para trabajo igual.

Artículo 21. Instrumentos básicos del plan nacional y de los planes territoriales de promoción y estímulo a los grupos étnicos. Tanto el plan nacional como los planes

territoriales deberán contener, como instrumento básico de carácter obligatorio, para alcanzar los objetivos mencionados, por lo menos los siguientes aspectos:

- a) Educación a los colombianos en la igualdad racial y promoción de los valores étnicos;
- b) Acciones positivas orientadas a la superación de los obstáculos que dificultan la participación de las comunidades negras o población afrocolombiana en los niveles de decisión de los sectores público y privado;
- c) Capacitación especializada a los miembros de las comunidades negras o población afrocolombiana en el desarrollo del liderazgo con responsabilidad social y dimensión política de la condición étnica;
- d) Disposición de canales efectivos de asistencia técnica y sensibilización de la población general;
- e) Divulgación permanente de los derechos de los grupos étnicos acompañados de mecanismos de protección e instrumentos adecuados para hacerlos efectivos.

Parágrafo. Para el desarrollo de los instrumentos contemplados en los literales a) y e), el plan deberá adoptar medidas orientadas a mejorar la calidad de la educación, mediante contenidos y prácticas no discriminatorias, que promuevan la formación en valores y liderazgo étnico de la población afrocolombiana, dando una especial atención al proceso de superación del atraso educativo en los territorios colectivos y ancestrales de comunidades negras.

Artículo 22. Representación en el exterior. El Gobierno nacional y el Congreso de la República, deberán incluir miembros de las comunidades negras o población afrocolombiana en las representaciones diplomáticas, delegaciones de colombianos que en comisiones oficiales atiendan conferencias diplomáticas, reuniones, foros internacionales, comités de expertos y eventos de naturaleza similar.

Así mismo, asegurarán la participación de las comunidades negras o población afrocolombiana en los cursos y seminarios de capacitación que se ofrezcan en el exterior a los servidores públicos colombianos en las diferentes áreas y niveles territoriales.

Parágrafo. Esta representación deberá ser en proporción a la población afro presente en el territorio, de acuerdo con el censo nacional; en tanto llene los requisitos o criterios establecidos para el tema en cuestión, los cuales deben considerar las especificidades de esta población y ser incluyentes.

Artículo 23. Igualdad de remuneración. El Gobierno nacional, a través del Ministerio del Interior, del Ministerio de Trabajo, el Departamento Administrativo de la Función Pública y demás autoridades competentes, vigilarán el cumplimiento de

la legislación que establece igualdad de condiciones laborales, con especial cuidado a que se haga efectivo el principio de igual remuneración para trabajo igual.

Artículo 24. Disposiciones comunes al presente capítulo. Para la ejecución de las acciones afirmativas dispuestas en el presente capítulo se observarán las siguientes reglas:

1. Si en cumplimiento de las cuotas establecidas en otras normas, se llegare a designar una persona que represente, por sus condiciones personales, simultáneamente alguno de los grupos étnicos nacionales reconocidos, se entenderá cumplida la obligación.

2. Cuando en la designación de cargos del “máximo nivel decisorio” o de “otros niveles decisorios” concurren varias personas o entidades, se procurará que los miembros de las comunidades negras o población afrocolombiana tengan una adecuada representación, acorde con la proporción poblacional en territorio.

3. Quedan excluidos los cargos que pertenecen a la carrera administrativa, judicial, o a otras carreras especiales, en las que el ingreso, permanencia y ascenso se basen exclusivamente en el mérito; también queda excluida la provisión de los cargos de elección popular.

4. La regla dispuesta en el artículo 19 de la presente ley, se deberá aplicar paulatinamente y a medida en que los cargos del “máximo nivel decisorio” y de “otros niveles decisorios” vayan quedando vacantes.

5. En los casos de ingreso y ascenso en la carrera administrativa o en cualquiera de los sistemas especiales de carrera de la administración pública, en los que la selección se realice mediante concurso de méritos y calificación de pruebas, será obligatoria la participación de miembros de las comunidades negras o población afrocolombiana, en igual proporción a la participación de personas que no pertenezcan a los grupos étnicos nacionales, como integrantes de las autoridades encargadas de efectuar la calificación.

Esta paridad se exigirá únicamente para las entrevistas, las pruebas psicológicas y aquéllos mecanismos de evaluación que se fundan en criterios meramente subjetivos.

Para establecer la paridad, se nombrarán calificadoros temporales o ad hoc, si fuere necesario.

6. Lo establecido en los artículos 22 y 23 de la presente ley deberá ser incluido en el Plan Nacional de Desarrollo y en los planes territoriales de desarrollo.

CAPÍTULO IV

Acciones afirmativas en el ámbito laboral, empresarial y de desarrollo social y económico

Artículo 25. Modifíquese el artículo 57 de la Ley 70 de 1993, el cual quedará como sigue. En los 6 meses anteriores a la posesión del Presidente de la República, el Gobierno nacional, a través de la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior o quien haga sus veces, constituirá un equipo de expertos de las comunidades negras para la formulación del Plan Nacional de Desarrollo de Comunidades Negras, de acuerdo con la visión que estas tengan del mismo.

Parágrafo. El Plan Nacional de Desarrollo de Comunidades Negras, hará parte integral del Plan Nacional de Desarrollo de cada período de gobierno para su financiación e implementación.

Artículo 26. Incentivos para vinculación en el sector privado. Facúltase al Gobierno Nacional para disponer incentivos tributarios especiales para las empresas del sector privado que vinculen en cargos de dirección o del nivel ejecutivo de las mismas, a miembros de la población negra, afrocolombiana, raizal o palenquera.

Parágrafo. Créese el Certificado de Responsabilidad Social Empresarial el cual le será otorgado a las empresas que, como mínimo, vinculen un 10% de trabajadores afrocolombianos, en los diversos niveles de los cargos ofrecidos por las respectivas empresas.

Artículo 27. Vigilancia y cumplimiento de la ley. El Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo, deberán velar por el estricto cumplimiento de esta ley.

Parágrafo. La Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo crearán, dentro de sus actuales estructuras administrativas, un Grupo Especial para el seguimiento y control del cumplimiento por parte de las autoridades nominadoras a lo establecido en la presente ley, Grupo Especial que tendrá las siguientes funciones:

1. Ejercer control a los concursos públicos a que alude la presente ley para verificar que las decisiones tomadas se ajusten a lo establecido en la misma y estén desprovistas de criterios discriminatorios.
2. Supervisar que los mecanismos de evaluación (entrevistas, pruebas técnicas y psicológicas, y demás elementos evaluativos de los concursos) estén desprovistos de sesgos discriminatorios.
3. Solicitar anualmente al Gobierno, Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, la información relacionada con el cumplimiento de la ley, en cuanto a cargos pertenecientes al máximo nivel decisorio.

4. Iniciar los procesos disciplinarios y adoptar las sanciones respectivas dentro de sus competencias, frente al incumplimiento de la presente ley.
5. Presentar ante el Congreso de la República, un informe anual, consolidado, en relación con el cumplimiento de lo establecido en la presente ley, y en lo atinente con las investigaciones adelantadas frente al incumplimiento de la misma.

Artículo 28. Inserción en el medio laboral y productivo. Con el objeto de articular y profundizar las acciones orientadas a garantizar la igualdad material frente al acceso a oportunidades de empleo y desarrollo económico y social de las comunidades negras o población afrocolombiana, el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, del Ministerio de Trabajo, del Ministerio del Interior, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del Departamento Administrativo de la Función Pública, o de quienes hagan sus veces, y de las distintas entidades competentes; formularán un Programa Especial de Inserción de las Comunidades Negras en el Campo Laboral y productivo, que deberá ser adoptado por todas las entidades públicas y promovido en las entidades privadas.

Artículo 29. Exploración y explotación de recursos naturales al interior de los territorios colectivos de comunidades negras. De conformidad con lo establecido en los artículos 7°, 8°, 13, 58, 60, 63, 80 y 333 de la Constitución Política y con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, los miembros de las comunidades negras o población afrocolombiana, y para efectos de garantizar su integridad étnica y cultural, tendrán prelación para la exploración y explotación de los recursos naturales al interior de sus territorios.

Artículo 30. La identidad étnica como criterio de retén social. En lo sucesivo, cuando se adelanten procesos de reestructuración administrativa en el sector público central y descentralizado, en los distintos órdenes territoriales, adicional a los criterios que ya han sido establecidos por el Gobierno nacional o reconocidos por la Corte Constitucional, la pertenencia a las comunidades negras debidamente reconocida con anterioridad a la iniciación del proceso será tenida en cuenta como criterio de retén social, de acuerdo con la reglamentación que se expida para este caso.

Artículo 31. Créditos especiales para el acceso a la propiedad privada. El Gobierno nacional establecerá un fondo especial para el otorgamiento de créditos a los miembros de las comunidades negras o población afrocolombiana, a fin de garantizar el acceso paulatino a la propiedad privada, tanto colectiva e individual, como urbana y rural.

Este fondo contará con recursos especiales para la compra, remodelación y adecuación de la propiedad. También se podrán utilizar estos recursos para el

emprendimiento de procesos productivos y de desarrollo empresarial, dentro y fuera de los territorios colectivos.

Parágrafo 1°. Con el objeto de hacer efectivo al acceso a la propiedad privada a través de estos créditos, el Gobierno nacional cubrirá el valor de las garantías requeridas para su adjudicación cuando los solicitantes manifiesten no estar en capacidad de ofrecer las garantías exigidas por las entidades otorgantes del crédito.

Parágrafo 2°. La adjudicación de ayudas por esta vía no impedirá la asignación de recursos por otras líneas que actualmente tenga establecidas el gobierno o que se creen en el futuro.

Parágrafo 3°. Todos los Programas adelantados por el Gobierno nacional dirigidos a los más pobres en el territorio nacional como el de vivienda gratuita, deberán asignar territorialmente a la población afrocolombiana, al menos un número igual a la proporción de esta en el respectivo territorio, de acuerdo con el censo nacional.

Artículo 32. Línea especial de crédito para la protección de la riqueza étnica de las comunidades negras o población afrocolombiana. Créase la Línea Especial de Crédito para la protección de la riqueza étnica de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana. Los recursos serán aportados anualmente por el Gobierno nacional y podrán ser manejados a través de entidades públicas o privadas competentes, según lo disponga el mismo.

Con estos recursos se financiarán los proyectos de las micro, pequeñas y medianas empresas constituidas por miembros legalmente reconocidos de las comunidades de que trata la presente ley.

Los proyectos que tengan por objeto la protección, promoción y divulgación de la diversidad étnica y cultural de esta población, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno nacional, tendrán prioridad en la asignación de los cupos y podrán ser exonerados total o parcialmente del pago de la deuda, demostrando que la actividad desarrollada posibilitó el acceso a la propiedad agraria o colectiva, generó posibilidades de empleo a los miembros de las comunidades objeto de presente ley o significó algún tipo de desarrollo científico, tecnológico, artístico o cultural.

Artículo 33. Apoyo a procesos productivos sostenibles. Todas las instituciones del Estado de acuerdo con competencias y funciones, deberán diseñar y ejecutar programas y proyectos productivos sostenibles concertados con las comunidades objeto de este proyecto, que mejoren su calidad de vida; para ser ejecutados al

interior de los territorios colectivos o ancestrales de comunidades negras y que favorezcan la permanencia de esta población en sus territorios de origen.

CAPÍTULO V

Acciones afirmativas en el ámbito de la integridad territorial

Artículo 34. Recuperación de los territorios colectivos o ancestrales. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno nacional, a través de las distintas entidades competentes, adelantará un proceso de recuperación administrativa y/o judicial de los territorios colectivos o ancestrales, titulados o no, que hubieren sido despojados a las comunidades negras en el territorio nacional.

Cuando se trate de un territorio que no hubiera sido titulado, el Ministerio del Interior y de Justicia conjuntamente con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y el Incoder o quienes hagan sus veces, adelantarán un procedimiento previo con las comunidades a efectos de establecer la porción de territorio que les corresponde. Si no se llegare a un consenso, el Gobierno nacional hará la delimitación territorial atendiendo las necesidades de la población. Inmediatamente se haga la recuperación del territorio se procederá a la titulación.

Parágrafo. Cuando no sea posible la recuperación de los territorios ancestrales despojados a las comunidades negras, el Gobierno nacional a través del Incoder o quien haga sus veces, adelantará un proceso de compra y asignación territorial a las comunidades negras, para garantizar su permanencia en el territorio.

Artículo 35. Mapa de ubicación demográfica de los grupos étnicos. Dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la presente ley, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi elaborará y emitirá el mapa con la ubicación demográfica de las comunidades negras o población afrocolombiana existente en el territorio nacional.

Dicho mapa deberá actualizarse cada cinco (5) años o cuando se realicen censos poblacionales si el espacio de tiempo es inferior.

Artículo 36. Atención especial a la población desplazada perteneciente a las comunidades negras o población afrocolombiana. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno nacional, a través de las entidades competentes, formulará y pondrá en marcha un programa especial de atención a la población desplazada de las comunidades negras o población afrocolombiana, que tenga en cuenta sus diferencias étnicas y culturales, y dé respuesta específica a los problemas y necesidades que enfrenta.

El objetivo principal de este programa será el retorno de los miembros de las comunidades negras o población afrocolombiana a sus territorios de origen, sin

perjuicio de otras salidas que garanticen su integridad física, emocional, étnica y cultural, mejorando sus condiciones de vida.

CAPÍTULO VI

Otras acciones afirmativas

Artículo 37. Asesoría jurídica para los Consejos Comunitarios, Organizaciones de Base de Comunidades Negras inscritas en el Registro Único de Organizaciones de Base del Ministerio del Interior y Espacios de Representación constituidos legalmente. De conformidad con la reglamentación que el Gobierno expida sobre la materia, autorízase a los estudiantes de derecho para cumplir con el requisito de la judicatura, o el que haga sus veces, en los Consejos Comunitarios, Organizaciones de Base de Comunidades Negras y espacios de representación constituidos legalmente a nivel departamental o nacional.

Este servicio será no remunerado y comprenderá la asesoría y asistencia jurídica sobre los temas relacionados con el funcionamiento de estas entidades y los derechos colectivos de las comunidades negras. El acompañamiento se hará directamente a los espacios arriba enunciados.

CAPÍTULO VII

Disposiciones finales

Artículo 38. Apoyo a organizaciones no gubernamentales. El Gobierno promoverá y fortalecerá las organizaciones no gubernamentales que trabajen por los derechos de las comunidades negras o población afrocolombiana.

Artículo 39. Sanciones. El incumplimiento injustificado de las obligaciones aquí previstas, será considerado como falta grave disciplinaria para los funcionarios responsables de conformidad con la ley correspondiente.

Artículo 40. Aplicación extensiva de la presente ley. Las garantías previstas en la presente ley, se podrán aplicar a otros grupos étnicos nacionales asentados en el territorio colombiano distintos de los aquí previstos que hayan sido reconocidos legalmente, hechas las adecuaciones pertinentes.

Artículo 41. Seguimiento y Control de derechos, acuerdos y compromisos. Créase una Comisión tripartita, constituida por miembros de la Bancada de Congresistas de Comunidades Negras del Congreso de la República, la Consultiva Nacional de Comunidades Negras, y los organismos de control del Estado; a la cual anualmente a partir de la expedición de la presente ley, el Gobierno nacional presentará informes de cumplimiento, hasta haberle dado aplicación en su totalidad en un máximo de 10 años a partir de su promulgación. El Ministerio del

Interior garantizará el cumplimiento tanto de los derechos establecidos en la presente ley, como de los acuerdos y compromisos realizados por el Gobierno nacional en torno a la misma.

Artículo 42. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

EDINSON DELGADO RUIZ

Senador de la República
Bancada Afro

LUIS EVELIS ANDRADE CASAMA

Senador de la República
Acompañante Bancada Afro

GUILLERMINA BRAVO MONTAÑO

Representante a la Cámara por el Valle
Presidenta Bancada Afro

CARLOS ALBERTO CUERO V.

Representante a la Cámara por el Valle
Vicepresidente Bancada Afro

CARLOS EDUARDO GUEVARA V.

Representante a la Cámara por Bogotá

ANA PAOLA AGUDELO GARCIA

Representante a la Cámara por los
Colombianos en el Exterior

JOSÉ BERNARDO FLÓREZ ASPRILLA

Representante a la Cámara por Chocó
Bancada Afro

NILTON CORDOBA MANYOMA

Representante a la Cámara por Chocó
Bancada Afro

CARLOS JULIO BONILLA SOTO

Representante a la Cámara por Cauca
Bancada Afro

ELBERT DÍAZ LOZANO

Representante a la Cámara por el Valle
Bancada Afro

HERNÁN SINISTERRA VALENCIA

Representante a la Cámara por el Valle
Bancada Afro

JULIO EUGENIO GALLARDO A.

Representante a la Cámara por San Andrés
Bancada Afro

NEFTALÍ CORREA DÍAZ

Representante a la Cámara por Nariño
Bancada Afro

SILVIO JOSÉ CARRASQUILLA T.

Representante a la Cámara por Bolívar
Bancada Afro

WILSON CORDOBA MENA

Representante a la Cámara por Antioquia
Bancada Afro

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. INTRODUCCIÓN

El presente proyecto de ley recoge las recomendaciones contenidas en el informe final de la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana, entre otras propuestas para mejorar las condiciones actuales en que perviven las comunidades negras o población afrocolombiana en el territorio nacional.

La iniciativa propende por un cambio cualitativo y cuantitativo en el entendimiento y en la dinámica de las relaciones sociales al interior del Estado colombiano, en el que se reivindique el protagonismo histórico de los grupos étnicos en la consolidación de nuestra nación y, especialmente, en el reconocimiento del papel que las comunidades negras o población afrocolombiana han jugado a lo largo de nuestra historia; y por lo tanto, el avance en procesos de inclusión y equidad para las mismas.

Por ello propone el reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica como pilar fundamental de la nueva dialéctica política y social; a renglón seguido, fija a título meramente enunciativo, algunas de las garantías básicas o núcleo esencial del derecho; luego, inserta algunas acciones afirmativas propias del derecho que se está reconociendo; y por último, enuncia las garantías y las sanciones ante el incumplimiento de lo previsto en la ley.

Por último, el proyecto, así visto, se presenta como una acción política que busca volcar la mirada hacia las comunidades negras o población afrocolombiana como sujetos de derechos que merecen una especial protección, dada de una parte su vulnerabilidad y estado de debilidad manifiesta, y de la otra, porque su riqueza étnica y cultural es fundamento de la nacionalidad colombiana y la Constitución Nacional la protege especialmente.

Seguramente este proyecto no será suficiente para superar el histórico nivel de desigualdad de las comunidades negras o población afrocolombiana y el consecuente atraso social, económico y político, entre otros, que por esta causa sufren los colombianos de ancestría africana, pero estamos seguros que será un paso más en la consecución de la tan anhelada justicia social y en la reivindicación del papel de esta población en la construcción del Estado.

2. ASPECTOS GENERALES

Uno de los aspectos medulares del presente proyecto de ley, es demostrar que la identidad cultural de los grupos étnicos es un derecho fundamental. Tal afirmación se sustenta en: el concepto de identidad cultural en el contexto de la Constitución de 1991, la identidad cultural como derecho fundamental y, las consecuencias de tal reconocimiento.

I. El concepto de identidad cultural en el contexto de la Constitución de 1991.

La Constitución Política de 1991 puede ser considerada como una Constitución del consenso y de la inclusión. A diferencia del texto de 1886, redactado sobre el escritorio del prócer Rafael Núñez, ésta se construyó en una coyuntura muy importante para el país, en la que los diversos sectores de izquierda y de derecha, ortodoxos y heterodoxos, convergentes y divergentes, conservaduristas y liberales, se dieron cita por primera vez en la historia patria, para señalarle el camino a las nuevas generaciones.

En esa caracterización pluriétnica y multicultural, la Constitución destina un amplio número de artículos –amplio en número y en contenido- al rescate y protección de nuestra riqueza étnica y cultural, como si el constituyente hubiese querido proteger nuestro presente y nuestro futuro a partir del reconocimiento de nuestro pasado.

En tal sentido, el Preámbulo de la Constitución, espacio en el que se colocan las grandes directrices y los fundamentos axiológicos de todo Estado, ubica la justicia, la igualdad y el conocimiento, dentro de un marco jurídico que garantice un orden político, económico y social justo, como un fin del Estado colombiano¹.

Luego, el artículo 1º, caracteriza al Estado colombiano como social de derecho, participativo y pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana.

A renglón seguido, el artículo 2º, consagra los fines esenciales del Estado. Dentro de ellos llama especial atención el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus libertades y creencias.

Posteriormente, encontramos en el Artículo 7º el fundamento constitucional más preciso del carácter pluriétnico y multicultural de nuestra nación y del inmenso

1

¹ No olvidemos que el Preámbulo es norma vinculante según lo ha establecido la Corte Constitucional desde la sentencia C- 479 de 1992. Ms. Ps. Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo.

valor que la Constitución otorga a estos caracteres. En él, “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y multicultural de la Nación colombiana”.

No existe, sin perjuicio de lo consignado de manera general en el Artículo 13 del mismo texto, un espacio donde la Constitución reconozca de manera más abierta y directa su carácter pluriétnico y multicultural.

Este nuevo modelo de Estado, presupone la existencia de concepciones antagónicas e incluso incompatibles, buscando generar diálogos interculturales que trascen los conflictos generados por las diferencias, manteniendo unos estándares mínimos de tolerancia y preservando igualmente los diferentes sistemas de valores.

Si se nos preguntara qué entendemos por diversidad étnica y cultural, podríamos decir que el mandato del artículo 7º de la Constitución, no se circunscribe a las construcciones de la época de la Colonia, ni a las manifestaciones artísticas de ciertas comunidades indígenas, sino que incluye también aspectos tan variados como nuestros bailes, nuestra jerga, la vestimenta, el dialecto, la comida, la música, la historia, entre otros elementos identificadores y diferenciadores.

Esto se refuerza en lo dicho por la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco de 2003, de la cual Colombia es parte, habla del patrimonio cultural inmaterial en los siguientes términos:

“Se entiende por patrimonio cultural inmaterial los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que le son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial que se trasmite de generación en generación, es recreado consistentemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”.

“El patrimonio cultural inmaterial, de acuerdo con la definición anterior, se manifiesta en particular en los siguientes ámbitos:

- a) Lenguas y expresiones orales;*
- b) Expresiones musicales, dancísticas y sonoras;*
- c) Expresiones rituales, escénicas, ceremoniales, actos festivos, juegos tradicionales;*
- d) Conocimientos, habilidades y técnicas asociadas a la elaboración de objetos, diseños y pintura corporal;*
- e) Usos sociales, conocimientos, y prácticas sobre el ser humano, la naturaleza y el universo;*

f) *Conocimiento y prácticas relacionadas con sistemas jurídicos tradicionales;*

g) *Conocimientos, prácticas y técnicas asociadas a la gastronomía”.*

Además de esta norma de carácter internacional, en el ámbito interno la Ley 397 de 1997, establece en su Artículo 4º la definición de patrimonio cultural en los siguientes términos:

“El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres, los hábitos...”

Viene luego el Artículo 8º, el cual ubica en cabeza del Estado, la obligación de proteger las riquezas culturales de la Nación. Esta obligación, en términos más precisos, no es otra cosa que el deber constitucional de preservar la riqueza étnica de nuestros pueblos.

Siendo así las cosas, todas aquellas prácticas y costumbres que constituyen la tradición de un pueblo como el afrocolombiano, tienen la especial protección que ordena la Constitución, la que puede ir desde actitudes típicamente liberales de abstención hasta derechos a prestación con contenido económico.

Si la identidad étnica y cultural es un derecho fundamental, según se sustentará más adelante, y si el Estado tiene la obligación de proteger su patrimonio cultural, es claro que tanto con medidas de abstención como de prestación se debe proteger el pasado, el presente y el futuro de las comunidades negras o población afrocolombiana.

La identidad cultural como derecho fundamental

Además de ser un principio fundante y un valor esencial del Estado colombiano, la identidad cultural de las comunidades negras o población afrocolombiana tiene el carácter de derecho fundamental *per se*.

La identidad cultural como derecho fundamental *per se*.

La identidad cultural es un derecho fundamental en sí mismo. Dicha afirmación se puede demostrar de la siguiente manera. En primer lugar, la ordenación de los derechos en nuestra Constitución no fue obra de la Asamblea Constituyente, sino de la Comisión Codificadora que recibió la tarea de ordenar el texto por título y capítulos. De allí que la Corte Constitucional, al preguntarse ¿cuáles son los derechos fundamentales en la Constitución de 1991?, haya abandonado el criterio formalista según el cual sólo eran derechos de tal naturaleza los consagrados en el Capítulo I del Título II, llamado *De los derechos fundamentales*, por un criterio finalista según el cual la naturaleza del derecho depende de su ubicación dentro de la Constitución sino de su contenido.

Así, en la sentencia T-002 de 1992, al hacerse dicha pregunta, en un caso en el que se discutía la naturaleza del derecho a la educación responde que esto se determina a partir de criterios principales y auxiliares.

Dentro los criterios principales se encuentran la inherencia al ser humano y la denominación expresa. Conforme a esto, serían derechos fundamentales, según el primer criterio, los que no figuran ni en la Constitución ni en los tratados sobre derechos humanos de los cuales Colombia es parte, según el artículo 94 de la Carta. Según el segundo criterio principal, serían derechos fundamentales los consignados en el artículo 44, toda vez que este inicia su encabezado diciendo: “Son derechos fundamentales de los niños...”.

Los criterios auxiliares, un poco más amplios, serían los siguientes: (i) su inserción en los tratados sobre derechos humanos, (ii) su aplicación inmediata, (iii) la dificultad para su reforma y, (iv) su ubicación.

En este orden de ideas, el reconocimiento del carácter de fundamental no depende exclusivamente de su ubicación, sino que entran en juego otros factores materiales y formales. En tal sentido, expresa la Corte:

“El Juez de Tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una “especial labor de búsqueda”, científica y razonada por parte del Juez”.

Así las cosas, el reconocimiento de derechos fundamentales por fuera de los enunciados dentro del Capítulo I del Título II, es una labor constitucionalmente legítima que corresponde a los jueces constitucionales y a todo aquel que tenga a su cargo la aplicación de la Constitución.

En este sentido, se puede reconocer la existencia de un derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos étnicos y, para el caso que nos interesa, de las comunidades negras o población afrocolombiana.

Recurriendo a los criterios esbozados por la Corte Constitucional para determinar la fundamentalidad de un derecho, nos encontramos que por el criterio principal de la inherencia al ser humano, se trata de un derecho típicamente fundamental.

Si recordamos que la Constitución de 1991 es antropocéntrica², en cuanto el individuo es centro y fin de su existencia, y el sustento teórico de esta concepción

2

lo hallamos en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948, expresada en el seno de Naciones Unidas, cuyo primer inciso del Preámbulo dice que: "*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*", es claro que la individualidad del ser humano es reconocida en todos sus ámbitos como condición necesaria para su existencia digna, esto es, como desarrollo de su propio yo.

Tal condición la encontramos desde el Preámbulo en el que se garantiza el pluralismo étnico y cultural, el artículo 1º que sustenta la existencia de nuestro Estado en el respeto de la dignidad humana, el artículo 2º que ubica como fin esencial la protección de los bienes (tangibles e intangibles), creencias y demás derechos y libertades, así como la Convención Americana de los Derechos del Hombre (norma interpretativa constitucional según el artículo 93 de la Carta), conocida como "Pacto de San José de Costa Rica", aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, ratificado el 31 de julio de 1973, y que entró en vigencia el 18 de julio de 1975. La cual dice que: "(...) los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

Estas normas comprueban de manera fehaciente que la identidad cultural, íntimamente ligada con la dignidad humana, es un derecho inherente que debe ser respetado y protegido en los términos del artículo 94 superior. Aún más, si nos preguntáramos qué significa ser inalienable, inherente o esencial tendríamos que responder, como ya lo hizo la Corte, que inalienable es: "que no se puede enajenar, ceder ni transferir"; inherente: "que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto"; y esencial: "aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser".

Para los miembros de los pueblos étnicos en general, y para los del pueblo afro en particular, su identidad cultural, su individualidad como etnia, es una condición esencial de su existencia.

También el reconocimiento expreso es un criterio principal que sustenta el carácter de derecho fundamental de la identidad cultural, tal y como se desprende del

² KANT, Emmanuel. Fundamento de la Metafísica de las Costumbres. Editorial Artes Gráficas. Barcelona. 1951. págs. 514 y 515.

artículo 44 que ubica la cultura, con todo su contenido, como derecho fundamental en el caso de los niños³.

Dentro de los criterios auxiliares, son varios los que sustentan la tesis según la cual la identidad cultural es un derecho fundamental. Así, su inclusión dentro de los tratados sobre derechos humanos de los cuales Colombia es parte vendría a ser el primero de los criterios.

El primero de estos tratados es la Carta de Naciones Unidas⁴, la cual establece que:

“Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”. (Negrilla fuera de texto)

3

³ Recordemos la dimensión de Constitución cultural del texto de 1991, ya reconocido por la Corte en los siguientes términos: *“En efecto, una lectura sistemática a lo largo de la Carta permite deducir el concepto de Constitución Cultural, a partir de las siguientes disposiciones: se funda principalmente en el Preámbulo, en los artículos 1o., 5o. y 7o. de la Constitución y se desarrolla en los artículos: 8o. (protección de la riqueza cultural y natural de la Nación), 10 (idioma, lenguas y dialectos), 13 (igualdad), 14 (personalidad jurídica), 18 (libertad de conciencia), 20 (libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones), 26 (libertad de profesión u oficio), 27 (libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra), 40 (derechos políticos), 41 (pedagogía constitucional), 42 (educación de los menores e impedidos), 44 (derechos fundamentales del niño), 45 (educación del adolescente), 47 (rehabilitación para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos), 52 (educación física), 53 (capacitación y adiestramiento de los trabajadores), 54 (la formación y habilitación profesional y técnica de los trabajadores), 61 (propiedad intelectual), 63 (protección del patrimonio arqueológico de la Nación), 67 (función social de la educación), 68 (establecimientos educativos), 69 (autonomía universitaria), 70 (promoción y fomento a la cultura), 71 (búsqueda del conocimiento y la expresión artística), 72 (patrimonio cultural de la Nación), 150.8 (leyes sobre la inspección y vigilancia), 189.21 (inspección y vigilancia de la enseñanza por el Ejecutivo), 189.27 (patente temporal a los autores), 300.10 (regulación de la educación por las Asambleas Departamentales), 311 (el municipio y la cultura), 336 (rentas destinadas a la educación), 356 (situado fiscal con destino a la educación), 365 (servicios públicos) y 366 (la educación como objeto fundamental del Estado)”. Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.*

4

⁴ Firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, entrada en vigor el 24 de octubre del mismo año, de conformidad con su artículo 110.

El segundo documento internacional es la *Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas*⁵, la cual establece la protección a la identidad cultural en varios de sus artículos, bien a través de la prohibición de torturas, tratos crueles inhumanos o degradantes, o bien por medio de la no discriminación. En tal sentido, expresan los artículos correspondientes lo siguiente:

*“Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, **sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento cualquier otra condición**”.*

El tercer instrumento internacional que garantiza la identidad cultural, bien de manera directa o indirecta, es la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*⁶, la cual expresa en su artículo 2 que:

*“ARTICULO II. En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, o religioso, como tal: (...)
c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;”*

El cuarto instrumento es la *Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza*⁷, la cual establece en su artículo 1º que:

“Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier

5

⁵ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948

6

⁶ adoptada por Resolución 260 (III) A de la Asamblea General de N.U. el 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951.

7

⁷ adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, entrada en vigor el 22 de mayo de 1962 de conformidad con su artículo 14.

otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial: (...)

Colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana”.

El quinto instrumento es el Convenio 105 de la Organización Internacional de Trabajo⁸ (en adelante OIT), el cual expresa en su artículo 1 que:

“Artículo 1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: (...) e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa”.

Lo anterior se ve reforzado por el sexto instrumento, el Convenio 111 de la OIT, sobre discriminación en el empleo del año 1958, que en su artículo 1º define la discriminación laboral en los siguientes términos:

“Artículo 1. A los efectos de este Convenio, el término [discriminación] comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la educación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

El séptimo de los instrumentos internacionales que garantiza la identidad cultural, es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹, de conformidad con su artículo 49, el cual establece que:

*“Artículo 2. Observación general sobre su aplicación:
Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin*

8

⁸ Sobre la abolición del trabajo forzoso del año 1957.

9

⁹ Adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El octavo de los instrumentos, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, en el cual se lee que:

“Artículo 2. (...)

Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en el se anuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El noveno de los instrumentos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos¹⁰, donde se establece que:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El décimo de los instrumentos es la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*¹¹, en la cual se expresa que:

“PARTE I

ARTICULO 1

1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de

10

¹⁰ Hecha en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

11

¹¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2106 (XX) del 21 de diciembre de 1965, y abierta a la firma el 7 de marzo de 1966, adoptada mediante Ley 22 de 1981.

los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

(...)

2. Los Estados Partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

Finalmente, el décimo primero y último de los instrumentos, es la *Convención sobre los Derechos del Niño*¹², donde se expresa lo siguiente:

“PARTE I

(...)

Artículo 2

*1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, **sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales**”.*

Todos estos instrumentos internacionales demuestran que la identidad cultural, es un derecho fundamental por su inclusión dentro de los tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales Colombia es parte.

Como último criterio, tenemos la ubicación del derecho. Así, pese a que formalmente la identidad cultural no está dentro del Capítulo I del Título II, artículos 11 a 44, la realidad es que el amplio número de artículos que se dedican a ella dan cuenta de su carácter *iusfundamental*.

En tal sentido, y por fuera de los artículos que contienen derechos fundamentales que tienen dentro de su núcleo duro la protección de la identidad cultural y a los

12

¹² adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49.

cuales ya se hizo alusión, existen otros que sustentan la tesis del carácter de derecho fundamental de la citada garantía. Tales artículos son los siguientes: (i) El artículo 63 sobre protección de tierras de grupos étnicos; el artículo 67, contenido del derecho a la educación; el artículo 68 que ordenan impartir una formación que garantice la identidad cultural de los grupos étnicos; el artículo 70 sobre protección de la cultura y fortalecimiento de la identidad nacional; el artículo 71 sobre fomento a la cultura; el artículo 72 sobre protección al patrimonio cultural de la Nación; el artículo 94 en el cual se lee que: *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”*; y, finalmente, el artículo 95, que establece la protección de los recursos culturales como deber ciudadano.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que la identidad cultural es un derecho fundamental en sí mismo, que por ese solo hecho debe recibir toda la atención y protección del Estado.

II. Igualdad de oportunidades

De conformidad con el Censo 2005, la población que se autorreconoció en las categorías afrocolombiana, negra, raizal y palenquera son 4.311.757 de personas, es decir, el 10,6% del total de la población del país. Valor porcentual éste que investigadores como Gustavo de Roux consideran inexacto, pues según sus palabras *“el sinnúmero de condicionantes existentes en una sociedad que discrimina racialmente inclina a muchos a no autoidentificarse como afrodescendientes, situación que se traduciría en un subregistro de esta población en los datos censales. Esto hace suponer que la proporción de afrocolombianos correspondería a una cifra no inferior al 15%, porcentaje que representa una porción muy significativa de la población colombiana”*. Otros investigadores¹³ (Agudelo, sin fecha; Sánchez y García 2006), con base en trabajos de Urrea, Ramírez y Viáfara (2001) y de Barbary, Urrea (2004), estiman la población afrocolombiana entre el 18% y 22% del total de la población del país.

Además del subregistro, la población afrocolombiana históricamente ha sido víctima de exclusión y discriminación (abierta y soterrada), barreras con las que sistemáticamente se le ha impedido el avance, como colectividad étnica, hacia el desarrollo social, político y económico.

13

Citados en Cartilla “Recomendaciones Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana”,
Pagina. 10.

Sobre este particular, el informe final de la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana¹⁴ nos muestra los siguientes indicadores de bienestar de esta población, comparados con la no afro, así:

		AFROCOLOMBIA NO	NO AFROCOLOMBIAN O
EDUCACION	ANALFABETISMO	11.7%	7.0%
	AÑOS PROMEDIO DE EDUCACIÓN (HOMBRES)	6.9	8.1
	AÑOS PROMEDIO DE EDUCACIÓN (MUJERES)	6.4	8.2
POBREZA	NBI	53.7%	42.2%
	POBREZA	9.5%	7.4%
MERCADO LABORAL	TASA DE DESEMPLEO	6.3	3.4
	TASA DE OCUPACION	40.4%	44.3%
DESPLAZAMIENTO	INTENSIDAD DESPLAZAMIENTO (PROMEDIO 2000 – 2002)	6.31%	3.42%
	MIGRACION POR VIOLENCIA	6.78	3.74
SALUD	TASA DE MORTALIDAD INFANTIL (PROMEDIO 2001 – 2006)	23.5	16.6

14

Creada mediante el Decreto 4181 de 2007.

Así mismo, estudios realizados por la Organización Afrocolombiana de Derechos Humanos CIMARRON, informan que:

1. El ingreso per cápita promedio de los(as) afrocolombianos(as) se aproxima a los 500 dólares anuales, frente a un promedio nacional superior a los 1500 dólares.
2. El 75% de la población afro del país recibe salarios inferiores al mínimo legal de vida, se ubica en un 20% por debajo del promedio nacional. La calidad de la educación secundaria que recibe la juventud afrocolombiana es inferior en un 40%, al compararla con el promedio nacional.
3. En los departamentos del Pacífico colombiano, de cada 100 jóvenes afros que terminan la secundaria, solo 2 ingresan a la educación superior.
4. Aproximadamente el 85% de la población afrocolombiana vive en condiciones de pobreza y marginalidad, sin acceso a todos los servicios públicos básicos.

Como ejemplo de los procesos de exclusión de los afrodescendientes de los espacios de poder en el país encontramos:

ESPACIOS DE DECISIÓN CON EXCLUSIÓN DE AFRODESCENDIENTES

ESPACIO Y CANTIDAD DE MIEMBROS	AFROS
16 Ministros	0
9 Altos Consejeros Presidencial	0
De 6 departamentos administrativos Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, DNP, para la Prosperidad Social, de la Función Pública, DANE, Colciencias	0
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (históricamente)	0
9 Magistrados de la Corte Constitucional	0
23 Magistrados de la Corte Suprema de Justicia	1
27 Magistrados del Consejo de Estado	0
De 9 Superintendentes Superintendente financiero, industria y comercio, SPD, nacional de salud, de sociedades, de economía solidaria, vigilancia y seguridad privada, notariado y registro, de puertos y transporte,	0

3. **OBJETIVOS DEL PROYECTO DE LEY “POR EL CUAL SE RECONOCE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD ÉTNICA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS O POBLACIÓN AFROCOLOMBIANA, SE ADOPTAN POLÍTICAS PARA LA INCLUSIÓN Y EQUIDAD SOCIAL DE ESTE GRUPO ÉTNICO, LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”**

Considerar la identidad cultural como derecho fundamental del grupo étnico de comunidades negras o población afrocolombiana, trae como consecuencia que la sociedad y el Estado en general deban brindar una especial protección a los usos y costumbres que identifican este grupo étnico. Esa especial protección se verá en cuatro grandes aspectos: en lo social, en lo económico, en lo cultural y en lo político.

Consecuencias sociales. En lo social se conseguirán, por lo menos, los siguientes tres logros:

a) se fortalecerá el sentido de pertenencia de todos sus miembros y el reconocimiento del grupo afro como grupo étnico. Aceptarse como afrocolombiano, con todo aquello que lo identifica como tal, pese al rechazo que esto pueda generar, es el primer paso en la consolidación de una identidad cultural muy propia así como el primer y más grande homenaje a todos los hombres y mujeres que antecedieron esta lucha y sentaron los cimientos sobre los que nos apoyamos hoy.

b) se generará un clima de diferenciación social positiva. Esto se traduce en una percepción de los afrocolombianos no como sujetos en condición de debilidad manifiesta que han sido históricamente marginados y por ello son merecedores de acciones afirmativas, sino como un grupo que representa nuestra nacionalidad y que a pesar de su riqueza histórica y cultural ha sido segregado. Que siendo fundamento de nuestra nacionalidad ha sido excluido de los más mínimos beneficios sociales y que hoy la sociedad y el Estado deben reconocerle su verdadero estatus y garantizarle las condiciones para que se mantenga como grupo étnico.

c) se traducirá en un reconocimiento de su importancia en la consolidación del Estado. Al reconocer la identidad étnica como derecho fundamental, habrá una mirada más profunda hacia el papel que el grupo y sus líderes han jugado en la consolidación y transformación del Estado. Los nombres, los logros, el sudor y la sangre de los hombres y mujeres que dieron su vida para alcanzar la democracia de la que hoy ostentamos dejarán de permanecer en el anonimato y el olvido.

Consecuencias en lo económico. En este campo tendremos los siguientes aspectos:

a) destinación de presupuesto. En lo económico obliga a la sociedad en general a destinar partidas presupuestales que tengan como fin la recuperación de la historia y el fortalecimiento de las prácticas, usos y costumbres que hacen de las

comunidades negras o población afrocolombiana una de las más representativas de Iberoamérica en términos culturales.

b) aplicación del principio de progresividad. Este principio, propio de los derechos económicos, sociales y culturales, implica que toda garantía, beneficio, libertad o derecho que haya sido conseguido no podrá ser despojado a sus titulares bajo ninguna circunstancia.

Consecuencias en lo cultural. En lo cultural, tal vez el aspecto más importante, se darían, cuando menos, los siguientes cuatro logros:

a) modifica visión del grupo. En este sentido, la población afrocolombiana se irá desprendiendo paulatinamente de la imagen que tiene como mero grupo en condiciones de debilidad manifiesta -que lo está de igual forma-, para ser visto como un grupo representativo de la riqueza histórica y cultural de nuestro país, como fundamento de la nuestra nacionalidad, como grupo que debe ser protegido para que no desaparezcan con él todas las prácticas y costumbres construidas a lo largo de varios siglos de lucha y resistencia.

b) protege el patrimonio, material e inmaterial. Al ser la identidad étnica un derecho fundamental, todo lo que ella conlleva tendrá una mayor protección aparte de la sociedad y el Estado en general. Todas las manifestaciones étnicas, tanto las que se plasmaron en elementos físicos como las que hacen parte del concepto de patrimonio cultural inmaterial, en los términos de la Convención de la UNESCO del año 2003, serán objeto de protección.

c) fortalece el proceso de consolidación de identidad como grupo. Esto significa que los afrocolombianos dejaremos de vernos como individuos para mostrarnos como un grupo. ¿Cómo se consigue esto? De una sola manera: reconociendo que no somos sujetos aislados sino que todo aquello que nos individualiza e identifica existe dentro de nosotros gracias a la pertenencia al grupo étnico y que, mientras aceptemos y fortalezcamos tal situación, mantendremos esa importancia cultural dentro de nuestra nación.

d) cumple función educativa. Finalmente, al reconocer la identidad cultural como derecho fundamental, obligará a realizar estudios sobre la misma y a que los resultados se difundan.

Consecuencias en lo político. En lo político se avizoran desde ya las siguientes consecuencias:

a) obliga a la generación de políticas públicas. Al ser la identidad étnica un derecho fundamental, el Estado tendrá que volcar su mirada hacia los grupos étnicos y generar políticas en defensa de sus intereses étnicos y culturales.

b) determina la orientación de la política pública. Además de generar políticas, este reconocimiento brindará las directrices para la formulación de la política pública general del Estado y en particular hacia las comunidades negras o población afrocolombiana, pues esta deberá tener siempre como norte la garantía de la identidad étnica.

En conclusión, la vía para conseguir este reconocimiento, que no es más que el instrumento para efectivizar todo el propósito común, es la jurídica. En tal sentido, un proyecto de ley estatutaria que reconozca la existencia de este derecho y que fije unos mínimos –todas las leyes de inclusión son de mínimo y no de máximos– de protección a través de acciones afirmativas, es el primer paso para que las comunidades negras o población afrocolombiana puedan tener el reconocimiento que históricamente se merece en la construcción de esta gran nación y simultáneamente salga de la exclusión e invisibilidad en la que se halla sumida.

4. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

El presente proyecto se basa en normas constitucionales y en algunas normas del derecho internacional que se han integrado al bloque de constitucionalidad. A continuación algunas de dichas prescripciones:

A. Disposiciones constitucionales:

Preámbulo de la Constitución Política:

Invocamos la Constitución Nacional como el principal referente jurídico que nos motiva a presentar esta propuesta legislativa, pues va encaminada al cumplimiento efectivo de su mandato.

“EL PUEBLO DE COLOMBIA, En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente”.

Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales,

democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 2º. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Artículo 7º. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Artículo 8º. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:
(...)

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...)."

ARTICULO 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

ARTICULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.

ARTICULO 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión.

La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.

La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.

Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

ARTICULO 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

ARTICULO 71. La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

ARTICULO 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

En virtud de estas disposiciones y consideraciones de orden constitucional, es que el Congreso de Colombia ha venido dando pasos ciertos y seguros para que esta igualdad no solo sea formal, desde el punto de vista legal, sino que, además, sea una igualdad real y efectiva, para combatir las inequidades y la discriminación en contra de sectores poblacionales históricamente invisibilizados y excluidos.

La pertinencia y conveniencia en la adopción de acciones afirmativas orientadas a promover condiciones de igualdad real y efectiva es indiscutible, y es en este sentido que esta iniciativa se constituirá en un mecanismo eficaz.

B. Convenios y Declaraciones internacionales.

1. Declaración universal de derechos humanos. ONU, 1948:

“(...) Artículo 21. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

2. Pacto internacional de derechos civiles y políticos. ONU, 1966.

“(...) Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: ...c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

3. Convención americana de derechos humanos (San José de Costa Rica):

“(…) Artículo 23. Derechos políticos. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: (…) c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

4. Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. ONU, 1965:

“(…) Artículo 2. (...) 2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica y cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

(…) Artículo 5. En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los siguientes derechos: ...c) los derechos políticos, en particular el de tomar parte en las elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas”.

5. Conferencia Mundial contra el Racismo y la Discriminación Racial. Durban (Sudáfrica). 2001. Programa de Acción aceptado por Colombia:

“(…) Párrafo 108: Reconocemos la necesidad de adoptar medidas afirmativas o medidas especiales a favor de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia para promover su plena integración a la sociedad. Esas medidas de acción efectiva, que han de incluir medidas sociales, deben estar destinadas a corregir las condiciones que menoscaban el disfrute de los derechos y a generar equidad, entre otros.

C. Jurisprudencial

Mediante Sentencia C-371-00 de 29 de marzo de 2000, Magistrado Ponente doctor Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional revisó la exequibilidad del Proyecto de ley número 62 de 1998 Senado y 158 de 1998 Cámara, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política, y declaró Condicionalmente Exequible el artículo 4° del mismo con los siguientes condicionamientos: `siempre que se entienda que la regla de selección que en él se consagra, se deberá aplicar en forma paulatina, es decir, en la medida en que los cargos del "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisorios" vayan quedando vacantes. Y que cuando el nombramiento de las personas que han de ocupar dichos cargos dependa de varias personas o entidades, se procurará que las mujeres tengan una adecuada representación conforme a la regla de selección allí prevista, sin que este sea un imperativo ineludible

5. CONSIDERACIONES FINALES

Ponemos en consideración del Honorable Congreso de la República esta iniciativa, con el ánimo de promover un papel positivo de la dirigencia política y de los partidos respecto a las acciones afirmativas que debemos llevar a cabo en pro de la población afrocolombiana, palenquera y raizal.

Este es el primer paso en la dirección correcta para saldar la deuda histórica con esta comunidad y definir con criterios reales y técnicos como combatir las desigualdades y exclusiones a la que está sometida.

Esperamos la realización de la justicia en buscar una representación acorde para la población conforme a su composición étnica, dentro de los espacios decisorios que posiblemente los afectarán.

Las iniciativas legislativas en favor de la población afrocolombiana, históricamente han sido frenadas en el Congreso de la República y esperamos que en esta oportunidad no suceda lo mismo, sino que por el contrario, el debate se enriquezca y la reflexión profunda y seria de nuestros colegas de como resultado la aprobación de una herramienta legislativa que ayude a resarcir la deuda social y política que tenemos con estas comunidades.

Con el trámite y aprobación de este proyecto, buscamos la realización de una acción afirmativa en pro de los pueblos afrocolombianos, negros, raizales y palenqueros, que conlleva su inclusión en las esferas del poder en el país, evitando actos aislados de discriminación.

EDINSON DELGADO RUIZ

Senador de la República
Bancada Afro

LUIS EVELIS ANDRADE CASAMA

Senador de la República
Acompañante Bancada Afro

GUILLERMINA BRAVO MONTAÑO

Representante a la Cámara por el Valle
Presidenta Bancada Afro

CARLOS ALBERTO CUERO V.

Representante a la Cámara por el Valle
Vicepresidente Bancada Afro

CARLOS EDUARDO GUEVARA V.

Representante a la Cámara por Bogotá

ANA PAOLA AGUDELO GARCIA

Representante a la Cámara por los
Colombianos en el Exterior

JOSÉ BERNARDO FLÓREZ ASPRILLA

Representante a la Cámara por Chocó
Bancada Afro

NILTON CORDOBA MANYOMA

Representante a la Cámara por Chocó
Bancada Afro

CARLOS JULIO BONILLA SOTO

Representante a la Cámara por Cauca
Bancada Afro

ELBERT DÍAZ LOZANO

Representante a la Cámara por el Valle
Bancada Afro

HERNÁN SINISTERRA VALENCIA

Representante a la Cámara por el Valle
Bancada Afro

JULIO EUGENIO GALLARDO A.

Representante a la Cámara por San Andrés
Bancada Afro

NEFTALÍ CORREA DÍAZ

Representante a la Cámara por Nariño
Bancada Afro

SILVIO JOSÉ CARRASQUILLA T.

Representante a la Cámara por Bolívar
Bancada Afro

WILSON CORDOBA MENA

Representante a la Cámara por Antioquia
Bancada Afro