Bogotá D. C., 15 de Octubre de 2014

Honorable Representante

**JAIME BUENAHORA FEBRES**

Presidente

Comisión Primera Constitucional Cámara

de Representantes

Ciudad

Referencia: Informe de ponencia del proyecto de Ley No. 014 DE 2014: **“POR MEDIO DE LA CUAL SE REGLAMENTA LA ADECUADA Y EFECTIVA PARTICIPACION DE LA POBLACION NEGRA AFROCOLOMBIANA EN LOS NIVELES DECISORIOS DE LAS DIFERENTES RAMAS Y ORGANOS DEL PODER PUBLICO, DE CONFORMIDAD CON LOS ARTICULOS 13 Y 40 DE LA CONSTITUCION NACIONAL Y SE DICTA OTRAS DISPOSICIONES”**

Respetado Señor Presidente:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 5ª de 1992, con toda atención, me permito presentar informe de ponencia para primer debate al “**Proyecto de Ley No. 014 DE 2014 Cámara,** *POR MEDIO DE LA CUAL SE REGLAMENTA LA ADECUADA Y EFECTIVA PARTICIPACION DE LA POBLACION NEGRA AFROCOLOMBIANA EN LOS NIVELES DECISORIOS DE LAS DIFERENTES RAMAS Y ORGANOS DEL PODER PUBLICO, DE CONFORMIDAD CON LOS ARTICULOS 13 Y 40 DE LA CONSTITUCION NACIONAL Y SE DICTA OTRAS DISPOSICIONES*”, para lo cual fui designado por la honorable Mesa Directiva de la Comisión Primera, ponencia que se sustenta en los siguientes términos:

**1. TRÁMITE DE LA INICIATIVA.**

El día veinte (20) de Julio de 2014, los Honorables Representantes a la Cámara Ana Paola Agudelo, Guillermina Bravo M. y Carlos Eduardo Guevara, radicaron en la Secretaría General de la Cámara de Representantes el **Proyecto de ley**

**número 014 de 2014 Cámara**, *por medio de la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la población negra afrocolombiana en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13 y 40 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones.* La iniciativa fue publicada en la Gaceta del Congreso número 366 de 2014.

Por designación de la honorable Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, y conforme al Acta número 001 del 6 de Agosto de 2014, fui nombrado como ponente para rendir informe de ponencia en primera debate.

**2. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO.**

El proyecto de ley tiene por objeto la creación de mecanismos que obliguen a las autoridades a promover y garantizar a la población negra afrocolombiana la participación en todos los niveles decisorios de las ramas y órganos del poder público. De esta forma, en el articulado que presenta este proyecto se busca 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.

La iniciativa se compone de siete artículos distribuidos así: (i) Los artículos 1º. y 2º. señalan el objeto; (ii) el artículo 3º. habla de las excepciones, es decir, en casos no se aplica esta ley; (iii) el artículo 4º. determina las reglas aplicables; (iv) el artículo 5º. establece los incentivos para vinculación en el sector privado; (v) el artículo 6º. señala las entidades que verificarán el cumplimiento de esta ley y (vi) el artículo 7º. se reserva para la vigencia y derogatorias.

**3. CONSIDERACIONES.**

Teniendo en cuenta el contenido y alcance del proyecto materia de análisis en el cual se evidencia una afectación directa de los derechos de la población afrocolombiana y se ven afectados elementos que de forma indirecta repercuten

en el ejercicio de la diversidad étnica, éstas requieren ser consultadas antes con la población afectada, aun cuando se busquen medidas positivas.

Así pues la Corte Constitucional ha trazado los lineamientos jurisprudenciales en relación con la obligatoriedad de la consulta previa a las comunidades afrodescendientes, de las medidas legislativas y administrativas que los afecten directamente, así como la forma de realizar la consulta.

Sobre el particular en Sentencia C-030 de 2008 la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente :

*“Ahora bien, como se señaló en apartado posterior, el grado de participación de las comunidades diferenciadas en las decisiones que las afectan tiene importante sustento en el derecho internacional de los derechos humanos. En especial, a partir de las previsiones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, incorporado al ordenamiento jurídico interno por la Ley 21 de 1991, la Corte ha identificado la existencia de un derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas. Este convenio, al cual la Corte ha reconocido su pertenencia al bloque de constitucionalidad y, por ello, su carácter vinculante, tiene por objeto evitar que las comunidades diferenciadas sean reguladas a partir de criterios de asimilación, con lo cual se logra preservar su identidad cultural y étnica. De ese modo, las distintas previsiones de ese instrumento internacional ofrecen herramientas dirigidas a (i) lograr las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los estados en que viven; y (ii) superar esquemas predominantes en muchas partes del mundo, en que dichos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.*

*El instrumento que mayor impacto ha tenido en la jurisprudencia constitucional sobre participación de las minorías étnicas es el de la consulta previa, al punto de ser reconocido por la jurisprudencia examinada en este apartado como un verdadero derecho constitucional de las comunidades tradicionales.*

*Este derecho encuentra sustento normativo en el artículo 6º. del Convenio 169 de la OIT, norma que impone a los gobiernos el deber jurídico de garantizar la participación de dichas minorías en los asuntos que los afectan. (….)”*

Esta posición se ha sostenido igualmente en las Sentencias de la Corte Constitucional números C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009, C-702 de 2010 y C-882 de 2011.

Ahora con respecto al momento en que debe realizarse la consulta, de conformidad con la posición reiterada de la Corte Constitucional debe ser de manera oportuna, es decir, antes de la radicación del proyecto.

Sobre el particular en Sentencia C-068 de 2013 de la Corte Constitucional, se dispone lo siguiente:

*“(…) en lo que se refiere al momento en que debe hacerse la consulta previa, este Tribunal ha reiterado en varias oportunidades que la misma debe ser oportuna, o lo que es lo mismo, debe tener ocurrencia con anterioridad a la adopción de la medida, pues ésta constituye la etapa idónea para influir en el proceso decisorio. Expresamente, en la Sentencia C-175 de 2009, se sostuvo lo siguiente: “la obligación de* ***realizar este procedimiento con anterioridad a la radicación del proyecto de ley****, es una condición imprescindible para dotar de efectividad e incidencia material a la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en la determinación del contenido de las medidas susceptibles de afectarles directamente(…)” (El subrayado y negrilla son propias)*

Igualmente la Sentencia C-461 de 2008, dispone lo siguiente:

*“La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificaciones culturales de la comunidad: “el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”*

Por otro lado, en este proyecto también se habla de un incentivo tributario el cual de conformidad con el Artículo 154 constitucional, desarrollado por el Artículo 142 de la Ley 5ª. de 1992, las leyes –o disposiciones- que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales, como la contenida en el artículo 5, son de iniciativa privativa del gobierno nacional y aunque durante el trámite

legislativo el Gobierno nacional avalara esta iniciativa, debe tenerse en cuenta que al generarse un gasto es necesario contar con el análisis de impacto fiscal, el cual deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, por lo cual debió incluirse expresamente en la exposición de motivos, los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

**3.1. CONCEPTO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR:**

El 10 de Septiembre de 2014 el Ministerio del Interior a través del Director de Asuntos legislativos, Dr. Andrés Iván Buriticá Albarracín, hizo llegar a mi despacho el concepto sobre el Proyecto de Ley No. 014 de 2014 Cámara, el cual con respecto a la Consulta previa hace las siguientes observaciones :

*“… En primer lugar, teniendo en cuenta el contenido y alcance del proyecto materia de análisis, y de conformidad con la línea jurisprudencial fijada por la Honorable Corte Constitucional, se considera que la propuesta conlleva el deber de* ***consultar*** *a los pueblos interesados, por tratarse de medidas legislativas susceptibles de afectar directa, específica y particularmente a los grupos étnicos, para el caso a la población afrocolombiana…”*

*“….Así las cosas, de las disposiciones contenidas en el proyecto se evidencia una clara afectación directa de derechos de la población afrocolombiana, las posibilidades de ejercicio de sus derechos, y se ven afectados elementos que de forma indirecta repercuten en el ejercicio de la diversidad étnica o cultural de la comunidad como principio constitucional protegido por la exigencia de consulta previa: a través del proyecto se pretenden crear “mecanismos que obligan a las autoridades a promover y garantizar* ***a la población negra afrocolombiana la participación en todos los niveles decisorios de las ramas y órganos del poder público****, incluidas las entidades a que se refiere el inciso final del artículo 115 de la Constitución Política de Colombia”, lo cual implica el establecimiento de medidas que se relacionan con el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control en el poder político de la población afrocolombiana, su participación adecuada y efectiva en los niveles decisorios del a administración pública, y el acceso al empleo público, el cual se encuentra íntima y directamente relacionado con el derecho al trabajo; derechos respecto de los que la Constitución Política y de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (bloque de constitucionalidad) se han previsto el deber de consulta, en concordancia con lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia C-030 de 2008, en la que establece :*

*Una referencia al artículo 20 del Convenio 169 de la OIT permite ilustrar más ampliamente esta situación. El texto de esa disposición es el siguiente:*

***Artículo 20.***

*1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.*

*2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:*

*a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;*

*b) remuneración igual por trabajo de igual valor;*

*c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;*

*d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.*

*3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:*

*a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;*

*b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;*

*c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;*

*d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.*

*4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de*

*garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.*

*En este caso es claro que, cuando en aplicación de la citada disposición del Convenio, se decida adoptar medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a los pueblos adoptar medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general, sería necesario que el gobierno adelantarse un proceso de consulta previa.*

*Adicionalmente se encuentra que con el proyecto se pretenden establecer medidas diferenciales que constituyen beneficios a favor de la población afrocolombiana, sin embargo tales medidas a pesar de ser positivas, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional, requieren de ser consultadas con la población afectada. Así lo manifestó en* ***Sentencia C-068 de 2013*** *en los siguientes términos:*

*En desarrollo de lo expuesto, este Tribunal consideró que –más allá del nivel general de afectación que produce toda iniciativa legislativa – existe una afectación directa: “cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. Esto significa que, para efectos de la consulta previa, es indiferente el efecto positivo o negativo de la medida legislativa propuesta.*

*Así pues la Corte Constitucional ha trazado los lineamientos jurisprudenciales en relación con la obligatoriedad de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, de las medidas legislativas y administrativas que los afecten directamente, así como la forma de realizar la consulta.*

*Por las anteriores consideraciones, se hace énfasis en la necesidad de consultar el proyecto con las comunidades involucradas en la iniciativa; resaltando que su omisión podría generar un vicio de inconstitucionalidad insubsanable.*

*Ahora bien, respecto al momento en que debe realizarse la consulta, de conformidad con la posición reiterada de la Corte Constitucional debe ser de manera oportuna, es decir, antes de la radicación del proyecto.*

*Sobre el particular en Sentencia C-068 de 2013 de la Corte Constitucional, se dispone lo siguiente:*

*“(…) en lo que se refiere al momento en que debe hacerse la consulta previa, este Tribunal ha reiterado en varias oportunidades que la misma debe ser oportuna, o lo que es lo mismo, debe tener ocurrencia con anterioridad a la adopción de la medida, pues ésta constituye la etapa idónea para influir en el proceso decisorio. Expresamente, en la Sentencia C-175 de 2009, se sostuvo lo siguiente: “la obligación de* ***realizar este procedimiento con anterioridad a la radicación del proyecto de ley****, es una condición imprescindible para dotar de efectividad e incidencia material a la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en la determinación del contenido de las medidas susceptibles de afectarles directamente(…)”*  *En efecto, dicho escenario participativo está diseñado para promover una concertación entre las comunidades y las instancias gubernamentales, lo que implica que las autoridades representantivas de aquellas deben (i) estar en la posibilidad de formular modificaciones y adiciones al proyecto propuesto por el Gobierno; y (ii) de lograrse un acuerdo sobre la inclusión de esa modificación, que la misma tenga la potencialidad de hacer parte del texto definitivo de la ley. Una vez radicada la iniciativa en el Congreso de la República, como expresión del principio democrático, se abre la posibilidad de que el parlamento* ***debata sobre las medidas*** *acordadas y se pronuncie sobre la conveniencia de las mismas.* ***En tal caso, en primer lugar, el escenario participativo de los pueblos indígenas no se interrumpe****, pues dichas comunidades pueden hacer uso de los distintos instrumentos previstos en el trámite legislativo que facilitan la participación ciudadana, incluso pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos por la circunscripción especial indígena; en segundo término, surge a cargo del Congreso de la República y conforme al reglamento, la obligación de brindar espacios más amplios y efectivos de la participación, con el propósito de que sean las propias comunidades –a través de sus representantes – quienes intervengan informalmente en las sesiones de las Cámaras explicando el consenso logrado y defendiendo su contenido; y finalmente, como consecuencia del principio de la buena fe, el Gobierno Nacional debe intervenir activamente con el fin de justificar los acuerdos a los que se llegaron, brindando todos los elementos de juicio que permita reconocer la importancia de la concertación lograda, como herramienta destinada a asegurar la integridad étnica y cultural de estos pueblos.*

*En cuanto a la oportunidad de la consulta también se ha sostenido de manera reiterada que ésta debe estar precedida de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas, las bases del procedimiento participativo. De esta manera, se preservan las especifidades culturales de dichos pueblos, las cuales se verían afectadas con la imposición de una determinada modalidad de concertación” (la negrilla y subraya son propias).*

*Una vez establecida la necesidad de la realización de la consulta previa pasa este despacho a precisar respecto de la responsabilidad para llevar a cabo los procesos de consulta previa en los términos de la Directiva Presidencia 01 de 2010 es compartida: “entre los representantes de los proyectos y el Ministerio del Interior y de Justicia. El Ministerio es responsable de la forma en que se desarrolla el proceso en cada caso particular y los representantes de cada uno de los proyectos son responsables de participar activamente durante el proceso de consulta previa y de proporcionar los recursos necesarios para cada proceso en particular.*

***En cumplimiento de la Directiva referida, los recursos requeridos para surtir el proceso de consulta previa, deberán ser asumidos por quien o quienes tengan interés en la iniciativa y presente la solicitud.***

*En conclusión, por lo anteriormente expuesto, teniendo en consideración el contenido y alcance del proyecto de ley 014 de 2014 Cámara, y de conformidad con la posición de la Corte Constitucional, consideramos que el proyecto requiere para ser tramitado adelantar el proceso previo de la consulta a las comunidades étnicas, en los términos y de acuerdo al proceso previsto por la misma ley, la jurisprudencia y la reglamentación del Ministerio del Interior.”*

El Ministerio del Interior en su concepto también advierte sobre otros temas que considera importantes, como son, la Iniciativa del Ejecutivo – Facultades al Gobierno Nacional y el impacto fiscal del proyecto de ley, así :

*“(…)2. Iniciativa del Ejecutivo – Facultades al Gobierno Nacional.*

*En el artículo 5 del proyecto se establece :*

*“ARTICULO 5. INCENTIVOS PARA VINCULACION EN EL SECTOR PRIVADO. Facúltese 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.*

*Parágrafo: Créese el Certificado de Responsabilidad Social Empresarial; el cual le será otorgado a las empresas que vinculen a un 10% trabajadores en los diversos niveles a población afrocolombiana, negra, racial y palenquera”*

*Frente**al artículo se considera importante resaltar :*

* ***Facultades al Gobierno Nacional:*** *de tratarse de facultades extraordinarias, es de recordar que el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política permite al Congreso revestir al Presidente de la República, hasta por seis meses, de precisas facultades extraordinarias, expresamente solicitadas por el Gobierno, para expedir con fuerza de ley, siempre que la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje, sin que ellas puedan ser conferidas cuando se trate de la expedición de códigos, leyes estatutarias u orgánicas, decretar impuestos, ni crear “servicios administrativos y técnicos de las cámaras.*
* ***Incentivos tributarios:*** *De conformidad con el artículo 154 constitucional, desarrollado por el artículo 142 de la Ley 5ª. De 1992, las leyes – o disposiciones- que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales, como la contenida en el artículo 5, son de iniciativa privativa del gobierno nacional.*

*3. Impacto Fiscal.*

*Relacionado con lo anterior, en atención a que disposiciones del proyecto como la contenida en el artículo 5, pueden generar gasto, en cumplimiento a lo dispuesta por el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, se hace necesario e indispensable que éste cuente con el análisis de impacto fiscal que deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, por lo cual deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos, los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo, adicionalmente, como quiera que se plantea un gasto adicional –o una reducción de ingresos-, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumento de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público….”*

 ***3.2. IMPACTO FISCAL.***

En la exposición de motivos ordinal 4 se dice con respecto al impacto fiscal lo siguiente :

***“…4. Impacto fiscal.***

*El presente proyecto de acuerdo no presenta impacto fiscal, ya que no se ordenan gastos, ni se establecen concesiones o beneficios tributarios. (…)”.*

Lo cual resulta contradictorio porque en el artículo 5º. del proyecto de Ley 014 de 2014 Cámara, se establecen incentivos tributarios creando el Certificado de Responsabilidad Social Empresarial, lo cual amerita tal como dice el Ministerio del Interior que se haga un análisis del impacto fiscal y se establezcan cuáles son los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional que se generará para el financiamiento del proyecto.

**4. PROPOSICIÓN**

De acuerdo a las anteriores consideraciones, me permito rendir ponencia negativa al **Proyecto de Ley No. 014 de 2014 Cámara** *“por medio de la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la población negra afrocolombiana en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13 y 40 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones,* y en consecuencia solicito respetuosamente a la Comisión Primera, su archivo en los términos legalmente establecidos.

De los Honorables Representantes,

**ELBERT DIAZ LOZANO**

PonenteÚnico

Representante a la Cámara

Departamento del Valle del Cauca