

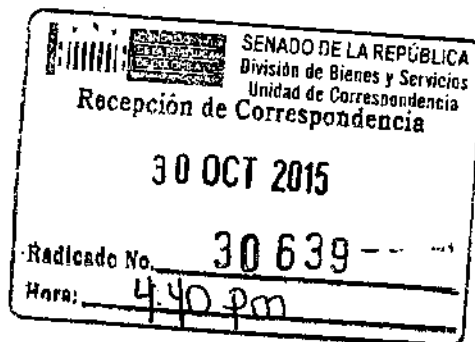


20151100150671

SG

Bogotá, 29-10-2015

Doctor
EDINSON DELGADO RUIZ
 Senador de la República
 Comisión Primera Constitucional
SENADO DE LA REPÚBLICA
 Carrera 7 No. 8-68
edinson.delgado.ruiz@senado.gov.co
 Bogotá, D.C.



Asunto: Comentarios oficiales de COLCIENCIAS al proyecto de ley No. 014 de 2015 / 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"*.

Reciba un cordial y respetuoso saludo Honorable Senador,

Por medio de la presente, respetuosamente le estamos remitiendo el documento contentivo de la posición oficial asumida por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, frente al proyecto de ley No. 014 de 2015 / 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"*.

Atentamente,



YANETH GIHA TOVAR
 Directora General

Anexo el documento anunciado en un total de veintidós (22) folios útiles.
 Elaborado por: SMEJIA.

**COMENTARIOS DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE CIENCIA,
TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – COLCIENCIAS, AL PROYECTO DE LEY
No. 014 DE 2015. SENADO DE LA REPÚBLICA.**

Revisado en su integridad el texto del proyecto de ley y su exposición de motivos, en lo que corresponde estrictamente a los asuntos de la órbita del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, se plantean unas cuantas observaciones respecto de (i) la inexistencia de la partida presupuestal que en el proyecto de ley se identifica como “*rubro general que maneja el Gobierno Nacional a través de Colciencias*”; (ii) la eventual inconstitucionalidad de la medida legislativa, en general, en tanto que no se observa en su trámite el agotamiento de la consulta previa exigida por el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, por las leyes 70 de 1993 y 649 de 2001 y, por los decretos 2374 de 1993, 1320 de 1998 y 2613 de 2013; (iii) la también eventual inconstitucionalidad derivada de las previsiones contenidas en el artículo 12, que es el que involucra directamente a este departamento administrativo, sobre todo por la presencia de una posible vulneración del Principio Constitucional de la Legalidad del Gasto Público y de la Regla de la Disciplina Fiscal; y, (iv) otra serie de aspectos técnicos, jurídicos y presupuestales, que nos llevan a solicitar una discusión mucho más amplia de la iniciativa, so pena de verse comprometida su juridicidad constitucional, sin perjuicio, claro de está, de compartir plenamente la justificación que la sustenta y la mayoría de los preceptos que en ella se incorporaron.

Antes que nada, debemos manifestar que para el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, es muy grato reconocer en el Congreso de la República, el interés por reducir brechas en materia de igualdad para una población que directa o indirectamente ha sido objeto de discriminación a lo largo de nuestra historia, pues ello logra concretar varios de los propósitos del artículo 13 de la Constitución Política y un mandato imperativo para todas las ramas del poder público en Colombia, en los siguientes términos:

“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.

El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan.”



(Subrayas y negrillas no originales)

Norma que tiene un claro sustrato en lo señalado con absoluta claridad en los artículos 1º y 2º de la Constitución Política, que señalaron la forma del Estado Colombiano y los fines a los que naturalmente debe tender este tipo de organización política¹, y que a la letra rezan:

"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."

(Subrayas no originales)

"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."

Las autoridades de la República está instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Subrayas no originales)

Medidas legislativas como la que se somete a debate democrático en la presente oportunidad, lograrían en principio insertarse en lo que la doctrina constitucional ha denominado "las acciones afirmativas" y "las medidas de discriminación positiva" sobre lo que ya existe una decantada jurisprudencia constitucional (sobre el derecho a la igualdad que tal vez sea, junto con el derecho constitucional fundamental al debido proceso, uno de los más estudiados en la jurisprudencia de la Corte) que aborda la justificación del trato favorable y diferente respecto del peso total de la población y de los fines que se buscan con este tipo de iniciativas.

Para el caso, y sólo con el propósito de ambientar la discusión, se trae a

¹ Así lo señaló la Corte Constitucional, de manera casi gráfica, en la Sentencia No. C-359 de 2013, en la que con ponencia del H. Magistrado Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, en términos puntuales se decantó el siguiente principio "...Este Tribunal ha señalado que el Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política acogida por el Constituyente de 1991, que tiene dentro de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas para brindarles asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida. Entre las manifestaciones concretas se encuentran los mandatos dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la prohibición de discriminación, la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados, la protección especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y el dar pleno empleo y asegurar de manera progresiva que las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. La concepción de igualdad material que inspira el Estado social de derecho guía las tareas para corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación, y garantizar a las personas o grupos en situación de segregación el goce efectivo de sus derechos fundamentales..." (Subrayas no originales)

colación el precedente decantado en las Sentencias No. C-371 de 2000, MP. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ (recogido en años posteriores en las Sentencias No. C-964 de 2003, MP. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS y, C-293 de 2010, MP. Dr. NILSON PINILLA PINILLA), en la que de manera reiterada y enfática se consideró lo siguiente: (ratio decidendi)

"...Las acciones afirmativas y el trato especial con fundamento en el género. ¿Es violatorio del artículo 13 de la Constitución?"

14.- Como bien lo señalan algunos de los intervinientes, los mecanismos que contempla la ley estatutaria que se estudia son, en términos generales, acciones afirmativas. Con esta expresión se designan 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.

De acuerdo con esta definición, los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas. Pero también lo son, aquéllas medidas que ordinariamente se denominan de discriminación inversa o positiva, y que se diferencian de las otras citadas por dos razones: 1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, tal y como se explicará más adelante, y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras.

(...)

16. Ahora bien: al margen de lo que ha sucedido en otros países, la pregunta que lógicamente surge es si a la luz de nuestro ordenamiento constitucional es posible adoptar medidas de discriminación inversa. O mejor, para centrar la pregunta en el asunto que estudia la Corte, si el legislador puede otorgar un tratamiento preferencial en la distribución de bienes, derechos o cargas, tomando como criterio para ello la pertenencia a un determinado sexo. Tal respuesta, indudablemente, debe darse a la luz del artículo 13 de la Constitución.

(...)

Si bien la igualdad formal no es reacia a que se establezcan diferencias en el trato, pues ella debe ser interpretada conforme a la conocida regla de justicia según la cual hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, sí supone que todos los individuos, como sujetos de derechos, deben ser tratados con la misma consideración y reconocimiento, y que, ante todo, un tratamiento distinto, debe justificarse con argumentos de razonabilidad y proporcionalidad.

El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos.

Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquéllas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en

Carrera 7 B bis N° 132-28

Teléfono: (57-1) 625 8480

Fax: (57-1) 625 1788

Bogotá D.C. - Colombia

www.colciencias.gov.co



situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. Mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros.

Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que "(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales".

(...)

18. No obstante, lo anterior no significa que para confirmar la existencia de un acto de discriminación, baste el hecho de que se tengan en cuenta uno de esos criterios, pues el mismo artículo 13 superior, en el inciso 2, dispone que el "Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados y marginados."

Este inciso, entonces, alude a la dimensión sustancial de la igualdad, "al compromiso estatal de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos". Si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consagrado en el artículo 2º de la Carta, de perseguir un orden justo.

Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están, pues, expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables.

(...)

Pero en últimas, lo que sucede es que en la discriminación inversa no se está utilizando el mismo criterio que sirve de base a la discriminación injusta. Para ilustrar esta afirmación con un ejemplo, mientras que en la discriminación que la Constitución prohíbe, a X se le otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de ser mujer o ser negro, en los casos de discriminación inversa un tratamiento preferencial se otorga sobre la base de que X es una persona que ha sido discriminada (injustamente), por ser mujer o por ser negro.

(...)

20. Ahora bien: aceptado que la Constitución autoriza las medidas de discriminación inversa, se debe dejar claro que: 1) "la validez de estas medidas depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. No basta, por ejemplo, la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas positivas en favor de las mujeres; además de ello, deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias";² 2) no toda medida de discriminación inversa es constitucional, como parece sugerirlo una de los intervinientes. En cada caso habrá de analizarse si la

² Que, hay que decirlo, no es el caso de los programas que se ofrecen para formación de alto nivel por parte de COLCIENCIAS, pues las convocatorias que se abren con ese propósito, más allá de la raza, tienen en cuenta las necesidades de las regiones, pero dando cabida, en condiciones de igualdad real y efectiva, a todos aquellos que, con independencia de su origen étnico (y de otras tantas circunstancias objetivas o subjetivas) se encuentren en condiciones de cumplir con los requisitos técnicos exigidos por el departamento administrativo.

diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada.
3) Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la "igualdad real y efectiva", pierden su razón de ser...". (Subrayas no originales)

Así las cosas, es claro que es un deber del Estado, no sólo abstenerse del trato discriminatorio, sino también propiciar las condiciones materiales para que esa igualdad llegue de manera progresiva a mayores sectores de la población y sobre todo a quienes por determinadas circunstancias han estado tradicionalmente inmersos en un déficit de protección especial por parte del aparato estatal y en ello coincidimos plenamente con varias de las consideraciones esbozadas en la exposición de motivos del proyecto de ley que se revisa.

Sin embargo, que compartamos la inspiración constitucional de la medida legislativa, no significa en absoluto que nos estemos pronunciando en pro de su constitucionalidad pues, como bien se señala en el referente jurisprudencial parcialmente transcrito, las medidas de discriminación positiva y las medidas afirmativas deben, en todo caso, adoptarse en el marco de lo que la Constitución Política autoriza y sin que ello implique un desmedro para ese otro sector de la población que no resulta ser beneficiario de las mismas y es aquí donde planteamos varias censuras desde el punto de vista constitucional en relación con el proyecto, o mejor, con tres (3) de sus artículos que son los que podrían representar una incidencia real sobre la institucionalidad del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, o la del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación³, y sobre su marco presupuestal y de competencias, tal y como pasa a explicarse en los siguientes párrafos.

Respecto del proyecto en general, consideramos que la norma, tal y como se viene surtiendo su trámite y en función de la evidencia documental conocida por este departamento administrativo, podría devenir inconstitucional, **por cuanto que no se observa el necesario agotamiento de la consulta previa** (derecho constitucional fundamental así reconocido) **exigida por el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, por las leyes 70 de 1993 y 649 de 2001 y, por los decretos 2374 de 1993, 1320 de 1998 y 2613 de 2013**, sobre lo cual bien vale la pena traer a colación y citar *in extenso* el precedente constitucional contenido en la Sentencia No. C-175 de 2009 (que precisamente declaró la inexecutable, por falta de consulta previa, de la Ley 1152 de 2007), en la que con ponencia del H. Magistrado Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA expresamente se consideró (ratio decidendi):

³ Hoy integrado en el Sistema de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación por virtud de lo señalado en el artículo 186 de la Ley 1753 de 2015 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. "Todos por un Nuevo País".

“...El contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

6. El Estado constitucional adoptado por la Carta Política de 1991 responde a un grupo de características definitorias, que hacen parte del contenido dogmático de la Constitución, las cuales cumplen un doble propósito. De un lado, permiten diferenciarlo de otras modalidades de organización política y, de otro, conforman parámetros para la definición de la compatibilidad entre las distintas normas que integran el ordenamiento jurídico y los postulados del Estatuto Superior.

La participación democrática, la aceptación del pluralismo y el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural son las características definitorias que se muestran relevantes para el presente análisis de constitucionalidad. En cuanto a lo primero, la Constitución parte de adscribir el poder soberano al Pueblo (Art. 4º C.P.), lo cual implica que la legitimidad de la actuación estatal debe estar mediada por la concurrencia efectiva de los ciudadanos en las decisiones que los afectan. La Carta Política, en contraste con el ordenamiento constitucional precedente, amplía los mecanismos de participación ciudadana, los cuales no solo se circunscriben al ejercicio del sufragio, sino que son complementados con otros procedimientos, como la iniciativa popular legislativa y normativa, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto, mecanismos establecidos en el artículo 103 Superior. A su vez, existe un deber estatal definido, previsto en la norma constitucional citada, consistente en contribuir a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, para que sin detrimento de su autonomía, constituyan instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que establezcan.

La intención que anima a los mecanismos de participación democrática es el aseguramiento de una interacción efectiva y constante entre los ciudadanos y la actividad del Estado. En este sentido, se parte de la base que el reconocimiento del principio de soberanía popular implica que las decisiones que adoptan las diferentes instituciones públicas, solo es legítima cuando ha estado precedida de un proceso deliberativo, en que los interesados en las medidas correspondientes logran espacios concretos y efectivos de participación. Conforme a esta perspectiva el artículo 40 Superior reconoce el derecho fundamental a todo ciudadano de participar en la conformación y ejercicio del poder político, derecho que se efectiviza a través de múltiples instrumentos, entre ellos la posibilidad de tomar parte en los mecanismos de participación democrática antes señalados.

7. El carácter participativo del modelo democrático de ejercicio del poder político, encuentra un ámbito de protección reforzada para el caso particular de las decisiones estatales que inciden en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Como se anotó, el Estado constitucional tiene entre sus propósitos la preservación de su carácter multiétnico y pluricultural. En ese sentido, la Carta Política reconoce que la Nación colombiana es una entidad compleja, conformada por comunidades diferenciadas, con concepciones distintas de la vida social y política. A su vez, acepta que cada una de esas comprensiones es intrínsecamente valiosa, pues concurre activamente en la construcción de dicha nacionalidad; por lo tanto, deben ser protegidas.

Para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen

previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Así, el artículo 7º C.P. incorpora dentro de los principios fundamentales de la Constitución, el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. De igual modo, el artículo 330 C.P. dispone que de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por sus autoridades tradicionales, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres. En suma, la Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales.

8. El reconocimiento simultáneo de la participación democrática como base del Estado constitucional y la necesidad de preservación de la identidad de las comunidades tradicionales contrae deberes concretos para el Estado. En efecto, **la concurrencia de ambas obligaciones implica que las comunidades indígenas y afrodescendientes deben contar con los espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que incidan en sus intereses. Ello con el fin de evitar que, a través del ejercicio del poder político de que son titulares los órganos representativos, sean implementadas políticas públicas que terminen con erosionar su identidad como grupo diferenciado.** A partir de esta consideración, la Carta consagra diversos instrumentos, como (i) la necesidad de que la conformación de las entidades territoriales se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (Art. 329 C.P.); (ii) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos (ejusdem); y (iii) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Para ello, el Gobierno deberá propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330, parágrafo C.P.).

Esta comprobación, sumada al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. Así, la Corte ha consolidado un precedente sobre los requisitos de aplicación y protección, contenido, alcance y consecuencias jurídicas del derecho a la consulta doctrina que ha sido sistematizada recientemente por este Tribunal en las sentencias C-030/08 y C-461/08. Teniendo en cuenta que estas sentencias recopilan las reglas sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, servirán de referencia para la presente decisión.

Justificación constitucional del derecho fundamental a la consulta previa

9. La determinación de un marco jurídico del derecho a la consulta previa se obtiene a partir de las normas legales anotadas, las cuales son reforzadas por la regulación derivada del derecho internacional de los derechos humanos, en especial lo previsto por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo "sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" aprobado por la Ley 21 de 1991, norma que en decisiones reiteradas de este Tribunal ha sido declarada parte integrante del

bloque de constitucionalidad. El Convenio, como lo ha resaltado la Corte, es un instrumento que concurre en la salvaguarda de la identidad de las comunidades indígenas y tribales, la protección de su territorio y, de manera general, su subsistencia como grupo diferenciado. De este modo, se ha indicado que "el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado." De este modo, la Corte advierte que las finalidades del Convenio 169 de la OIT son concurrentes con la obligación constitucional, antes analizada, de garantizar la identidad de las comunidades diferenciadas, a partir del reconocimiento y salvaguarda de la integridad de las prácticas, usos y costumbres que la conforman. Así, en términos del Preámbulo del Convenio, la normativa tiene como propósito la consecución de herramientas que permitan (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.

(...)

10. A partir de las disposiciones constitucionales que regulan la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes, junto con el análisis de las disposiciones que ofrece el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia ha sistematizado las reglas sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa. Para ello, ha establecido dos niveles de análisis, que conforman el precedente aplicable. El primero, relacionado con la diferenciación entre los niveles general y particular del derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales. El segundo, relativo a las condiciones y requisitos de procedimiento que deben cumplirse para que la consulta previa sea un mecanismo adecuado y efectivo para la protección de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, al igual que las consecuencias que acarrea el incumplimiento, por parte del Gobierno, del deber de consulta previa.

(...)

La identificación del derecho fundamental a la consulta previa en el ordenamiento constitucional colombiano ha sido suficientemente definida por la jurisprudencia constitucional. Así por ejemplo, en la sentencia C-030/08, se llevó a cabo una exposición comprehensiva del contenido y alcance del deber de consulta previa, el cual resulta pertinente reiterar en esta decisión:

"En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.

(...)

4.2.2.2.1. En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

(...)

De otro lado, las previsiones del Convenio 169 de la OIT establecen una fórmula amplia, según la cual la definición del procedimiento de consulta está a cargo de los Estados; empero, debe estar diseñado de forma tal que confiera espacios efectivos de participación para los pueblos indígenas y tribales. Así, la consulta deberá llevarse a cabo bajo esta condición de participación efectiva y en cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales del Estado correspondiente.

Condiciones particulares de la consulta previa y efectos jurídicos de su cumplimiento y de su omisión

13. El precedente constitucional analizado también ha establecido las condiciones generales de modo, tiempo y lugar en que debe efectuarse la consulta previa. A ese respecto, la misma sentencia C-030/08, que recapituló distintas decisiones sobre el tópico, señaló que "que en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar. Así, por ejemplo cuando de lo que se trata es de regular la intervención del Estado para la explotación de recursos naturales en una determinada área del territorio, en la cual se encuentra asentada una específica comunidad indígena, es claro que el proceso de consulta debe adelantarse con las autoridades legítimamente constituidas de dicha comunidad, pero si de lo que se tratase, también por vía de ejemplo, fuera de regular la manera como, en general, debe surtirse el proceso de consulta a las comunidades indígenas y tribales, sería claro también que la consulta que, a su vez, se requeriría para ello, no podría adelantarse con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, y, en ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría acudir a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta."

En tales condiciones, la jurisprudencia constitucional también ha previsto la necesidad que el procedimiento mismo de consulta esté sometido a una consulta previa, a fin que el trámite de concertación y consenso con las comunidades (i) no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida; y (ii) reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas y tribales, las cuales podrían verse desconocidas si los entes gubernamentales imponen determinado mecanismo de consulta que, en razón a no haberse acordado con las comunidades, no resulte compatible con el mandato

constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural.

(...)

La misma sentencia SU-039/97 previó que en el caso que la participación activa y efectiva de los pueblos indígenas y tribales **no lleve a un acuerdo o a una concertación sobre el contenido de la medida, la aplicación de la misma por parte del Estado debe estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo.** De tal modo, la decisión adoptada deberá cumplir con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. A su vez, la política deberá contar con instrumentos que sirvan para mitigar, corregir y restaurar los efectos que las medidas produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad y de sus miembros.

De esta manera, decisiones anteriores de este Tribunal han previsto que el deber de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales no constituye un poder de veto en contra de la implementación de medidas legislativas por parte del Estado. La protección del derecho fundamental a la consulta, entonces, se circunscribe al ejercicio de acciones dirigidas a obtener el consenso o la concertación.

(...)

A este respecto, en la sentencia C-891/02, la Corte estipuló que no resultaba contrario a la Constitución que una entidad gubernamental, dotada de iniciativa legislativa, preparara un proyecto de ley sobre temas relacionados con sus competencias institucionales, incluso si éste encontraba incidencia directa en los intereses de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes. **Empero, en ese caso, "la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso. No obstante lo anterior, puede presentarse el caso de que la composición inicial del proyecto sea producto del esfuerzo conjunto y concertado de entidades y comunidades, evento en el cual se evidenciaría con más veras el cumplimiento de la participación indígena".**

(...)

Por ende, la misma sentencia señaló que el proceso de consulta podía considerarse cumplido cuando exista evidencia de que, con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, la iniciativa haya sido divulgada entre las comunidades concernidas por las materias de la misma, se haya avanzado en la ilustración a tales comunidades sobre su alcance y con miras a obtener una concertación, y se hayan abierto los espacios de participación que sean apropiados.

Según lo expuesto, la Corte resalta que la satisfacción del derecho a la consulta previa respecto de la promulgación de medidas legislativas, se circunscribe a la conformación de un espacio deliberativo, respetuoso de las particularidades de las comunidades indígenas y afrodescendientes y guiado por el principio de buena fe, destinado a la deliberación del contenido del proyecto de legislación correspondiente.

(...)

15. Por último, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de establecer cuáles son las **consecuencias, en términos de la exequibilidad material del precepto demandado, de la comprobación acerca del incumplimiento del deber de consulta previa de medidas legislativas. Sobre el particular, la sentencia C-030/08 estableció que en razón de los compromisos internacionales asumidos por**

Colombia, en especial los derivados de la suscripción del Convenio 169 de la OIT, lleva a que la omisión del deber de consulta contraiga la posibilidad de la evaluación y control por parte de instancias supranacionales.

Empero, el precedente citado también ha previsto consecuencias específicas de la pretermisión del deber de consulta en lo que respecta al derecho interno. Así, las normas sobre el deber de consulta, previstas en el Convenio 169 de la OIT, "se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica, la omisión de la consulta en aquellos casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno. || En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias. || Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tomarse compleja, porque como se señaló en precedencia, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley. || En ese evento, sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional.

(...)

Conforme a lo expuesto, se tiene que la omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen.

(...)

Sistematización de las reglas sobre la satisfacción del derecho fundamental a la consulta previa

16. En suma, la Corte ha construido una doctrina sistemática y reiterada en relación con el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, respecto de la adopción de medidas legislativas y administrativas. Para el caso puntual de las medidas legislativas, la jurisprudencia ha previsto un grupo de requisitos de índole fáctica que deben acreditarse para garantizar la eficacia material del citado derecho. Estas condiciones han sido sistematizadas por la jurisprudencia constitucional a partir de las reglas siguientes:

16.1. La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes, reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente.

(...)

16.2. Habida consideración que el proceso de consulta previa está dirigido a proteger los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, no resulta admisible considerarlo como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y los grupos étnicos.

(...)



16.3. El procedimiento de consulta es, ante todo, un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, a través de un escenario dirigido a garantizar sus derechos fundamentales.

(...)

16.4. Los procesos de consulta se deben llevar a cabo mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe.

(...)

16.5. Los procesos de consulta, conforme dispone el artículo 13 del Convenio de la OIT, debe realizarse sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos.

(...)

16.6. El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo.

(...)

16.7. Las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente los intereses de las comunidades tradicionales, deben estar precedidas de un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados.

(...)

16.8. Finalmente, el precedente constitucional sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa ha contemplado que, en los casos en que cumplidos los requisitos y garantías anteriormente descritas, no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto. Empero, el ejercicio de esa potestad carece de naturaleza omnimoda, sino que debe (i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; (ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; (iii) contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural...". (Subrayas y negrillas no originales)

Por su parte, ya en lo que correspondería propiamente a preceptos puntuales incluidos en el proyecto de ley, especialmente los contenidos en los artículos 7º, 12º y 33, debemos manifestar varios reparos, también de orden constitucional, los cuales nos permitimos poner a su consideración a efectos de que alimenten el debate democrático:

- Respecto del Artículo 7º del Proyecto de Ley:

Dispone la citada norma lo siguiente:

"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."*

Pues bien, en relación con este punto, lo primero que debemos destacar es que la intervención sería más propicia si se generase desde el propio INSTITUTO COLOMBIANO DE ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR – ICETEX – (o en su defecto la entidad rectora de este sector administrativo en particular, que es el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y no COLCIENCIAS), pues es la entidad de derecho público que de conformidad con el tenor literal del artículo referido, debe implementar la referida línea especial de crédito, siendo precisamente el 10% de sus líneas de crédito actuales la variable principal para el otorgamiento de cupos para formación de alto nivel a la población objetivo señalada en el precepto estudiado.

Lo anterior, además, bajo la consideración de que atendiendo a las funciones que le fueron encomendadas a este departamento administrativo en el artículo 7° de la Ley 1286 de 2009, nosotros también ejecutamos de manera permanente política de formación de recurso humano de alto nivel, pero en dicho caso no atendemos a variables de origen étnico, religioso, nacional, familiar, etc., ni a ninguna otra de las circunstancias que se presumen sospechosas al amparo de la jurisprudencia transcrita, como se pretende con la norma, sino que le apuntamos a la intención de responder a las necesidades que en esa materia se configuran en las entidades territoriales (convocatorias por Departamento) y, en esa medida, todo aquél que crea que reúne las condiciones exigidas en el respectivo proceso de selección, puede presentarse

y obtener el beneficio, con lo que las capacidades de investigación en las regiones se aumentan exponencialmente (programas de formación asociados a problemas reales de las comunidades objetivo de cada convocatoria, con impacto directo en las necesidades de investigación, ciencia y tecnología que reportan las regiones).

Los programas que se ofrecen desde el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, para la financiación a la formación de recurso humano de alto nivel, se encuentran definidos en la correspondiente Guía Sectorial, Numeral V (páginas 16 y ss), de la siguiente manera:

"...FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA DEL CAPITAL HUMANO QUE FORTALECE CAPACIDADES EN CTel", se define como objetivo del mismo que: "La formación y capacitación de capital humano para fortalecer las capacidades en CTel contempla diferentes modalidades o tipos, las cuales deberán seguir los lineamientos de las políticas y estrategias de COLCIENCIAS en la materia."

Seguidamente se menciona que cuando sean proyectos de otra naturaleza, se deberá:

"Cuando proyectos de otra naturaleza incluyan actividades de formación de recurso humano deberán ajustarse a los criterios establecidos en este numeral y deberán incorporar un plan detallado explicando cómo la formación es un elemento necesario para el cumplimiento del objetivo del proyecto y cómo los tiempos del proyecto y de la formación están sincronizados."

De aquí que, las modalidades financiables son:

1. FORMACIÓN DOCTORAL, la cual es concebida como: "La formación doctoral se define como aquella conducente a la adquisición del título de doctor o Ph.D10, que acredita la formación y competencia para el ejercicio académico e investigativo de alta calidad y cuyo requisito es generar nuevos conocimientos que contribuyan al desarrollo científico a través de la investigación.". Del cual, se tienen como rubros financiables los siguientes:

- Costos administrativos: se financiarán los gastos administrativos correspondientes a procesos de convocatoria y evaluación, así como los costos de legalización, seguimiento y condonación de los beneficiarios. De la misma manera se tendrán en cuenta los correspondientes a personal de apoyo inherente al desarrollo del proyecto.*
- Costos de cierre de brechas: incluye los costos de formación en segunda lengua, procesos de preparación para exámenes de ingreso.*
- Imprevistos: se podrán financiar como imprevistos únicamente los rubros correspondientes al cálculo en la diferencia sobre las fluctuaciones cambiarias del peso colombiano frente a otras monedas.*
- Costos de seguimiento.*

- *Formación: se pueden financiar en los doctorados nacionales los rubros correspondientes a: costos de matrícula (parcial o total), gastos de manutención, pasantía internacional de al menos seis meses, máximo un año y recursos para la investigación doctoral. Se pueden financiar en los doctorados en el exterior los rubros relacionados con: matrícula, sostenimiento, tiquetes aéreos, seguros y recursos para la investigación doctoral.*

2. FORMACIÓN DE MAESTRÍA, INCLUYE LAS ESPECIALIZACIONES CLÍNICAS, se establece como: "La formación de maestrías se define como aquella conducente al título de maestría, ya sea nacional o en el exterior, en la modalidad de investigación.", donde se consideran aspectos financiables los siguientes:

- *Costos administrativos: se financiarán los gastos administrativos correspondientes a procesos de convocatoria y evaluación, así como los costos correspondientes a la legalización, seguimiento y condonación de los beneficiarios. De la misma manera se tendrán en cuenta los correspondientes a personal de apoyo inherente al desarrollo del proyecto.*
- *Costos de cierre de brechas: incluye los costos de formación en segunda lengua, procesos de preparación para exámenes de ingreso.*
- *Imprevistos: se podrán financiar como imprevistos únicamente los rubros correspondientes al cálculo en la diferencia sobre las fluctuaciones cambiarias del peso colombiano frente a otras monedas.*
- *Costos de seguimiento.*
- *Formación: se pueden financiar en las maestrías nacionales los rubros correspondientes a: costos de matrícula (parcial o total) y gastos de manutención. Se pueden financiar en las maestrías en el exterior los rubros correspondientes a: matrícula, sostenimiento, tiquetes aéreos y seguros.*

3. BECAS POST-DOCTORALES. "Hace referencia a la vinculación a proyectos de I+D+I, en instituciones del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación de investigadores nacionales e internacionales que previamente hayan obtenido el título de doctor (Ph.D.). Deberá regirse por la resolución que esté vigente, por la cual COLCIENCIAS reglamente la posición postdoctoral en el Sistema Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación."

4. ENTRENAMIENTO ESPECIALIZADO PARA CIENTÍFICOS-INVESTIGADORES, establecidos como "Son financiables proyectos o actividades dentro de proyectos para cursos sobre métodos y técnicas de investigación especializados y avanzados, así como los cursos de actualización científica para investigadores."

5. ENTRENAMIENTO ESPECIALIZADO PARA INGENIEROS Y TÉCNICOS, concebidos como "Son financiables cursos especializados para mejorar las competencias de desarrollo tecnológico e innovación a nivel industrial, aprender en el trabajo o aprender haciendo (learning by doing).".

Al margen de lo mencionado, si consideramos que el parágrafo que se incluye

en dicho artículo, no cambia sustancialmente el régimen jurídico de contratación para el financiamiento de actividades de ciencia, tecnología e innovación, respecto de programas de formación, puesto que, al efecto, el artículo 8º del Decreto 591 de 1991 "Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas" ya había previsto varias modalidades de recuperación, especialmente la relativa a la celebración de contratos de recuperación contingente, que es lo que precisamente busca el parágrafo que se incluyó al artículo 7º del proyecto de ley.

Señala de manera expresa el artículo 8º mencionado, lo siguiente.

"Artículo 8º. La Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar contratos de financiamiento destinados a actividades científicas y tecnológicas, que tengan por objeto proveer de recursos al particular contratista o a otra entidad pública, en una cualquier de las siguientes formas:

a) Reembolso obligatorio. El contratista beneficiario del financiamiento deberá pagar los recursos en las condiciones de plazo e intereses que se hayan pactado;

b) Reembolso condicional. La entidad contratante podrá eximir parcial o totalmente la obligación de pago de capital y/o intereses cuando, a su juicio, la actividad realizada por el contratista ha tenido éxito. Esta decisión se adoptará mediante resolución motivada;

c) Reembolso parcial. Para inversiones en actividades precompetitivas, de alto riesgo tecnológico, de larga maduración o de interés general, la entidad contratante podrá determinar en el contrato la cuantía de los recursos reembolsables y la de los que no lo son;

d) Recuperación contingente. La obligación de pago del capital e intereses sólo surgen cuando, a juicio de la entidad contratante, se determine que se ha configurado una de las causales específicas de reembolso que se señalen en el contrato. La existencia de la obligación será establecida mediante resolución motivada. (Subrayas no originales)

De conformidad con lo visto, es el margen de maniobra de la entidad que otorga el crédito y del ordenador del gasto al momento de suscribir el contrato de financiamiento en ciencia, tecnología e innovación, para la formación de recurso humano de alto nivel, los que determinan si la recuperación del capital público invertido será total o parcial, atendiendo a los objetivos previstos por la entidad otorgante de la beca / crédito y a los resultados previstos al momento de la suscripción de este tipo de negocios jurídicos.

De manera pues que, en relación con este punto, la conclusión que se impone es que el precepto contenido en el parágrafo resulta redundante (si se quiere atenta contra el principio de racionalización jurídica) y no representa, como se dijo, una modificación sustancial del régimen jurídico vigente para estos contratos, que incluso es más amplio a lo que se sugiere en el proyecto de ley

y, en la medida de las posibilidades que se anuncian, configuran un marco de protección mucho más propicio en cuanto hace a la responsabilidad fiscal por el manejo de los recursos del Estado y sus inversiones.

- *Respecto del Artículo 12° del Proyecto de Ley (que es el que verdaderamente podría tener potencial para afectar la institucionalidad, el marco presupuestal y el marco de competencias de este departamento administrativo):*

Dispone la citada norma lo siguiente:

“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 (sic) 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.” (Subrayas no originales)

Pues bien, en relación con este artículo del proyecto, consideramos, en términos generales, que también se podría comprometer el principio constitucional de *Legalidad del Gasto Público* – artículo 346 de la Constitución Política – y la *Regla de la Disciplina Fiscal* – artículo 7° de la Ley 819 de 2003), en la medida en que no se especifica cuál es la partida general que maneja el Gobierno Nacional a través de COLCIENCIAS que pudiera destinarse o afectarse a la financiación de estudios relacionados con la identidad de las comunidades negras y la población afrocolombiana, o si ésta hace parte del rubro de funcionamiento o del rubro de inversión (que es en realidad el único que se liquida a COLCIENCIAS, como órgano del Presupuesto General de la Nación, en cada anualidad fiscal).

Además, en perjuicio de lo previsto en el correspondiente régimen legal (artículos 21 y 24, numeral 1° de la Ley 1286 de 2009) y, desde la creación del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, “Fondo Francisco José de Caldas” (artículo 22 de la Ley 1286 de 2009), que es el instrumento prototípico por excelencia establecido por la ley para el financiamiento y el fomento a la realización de los proyectos y las actividades ejecutadas por cualquiera de los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación⁽³⁾ – SNCTel –, lamentablemente no se ha dispuesto el giro periódico y permanente de recursos a dicho fondo, con lo cual, una norma como la que se proyecta, terminaría por afectar la estabilidad financiera del mismo y, por esa vía, impactando considerablemente la democratización del gasto en CTel.

Lo anterior por cuanto que el patrimonio del referido instrumento debe destinarse a la ejecución de todo un catálogo de actividades CTel (ACTI), de las que el Decreto 591 de 1991 sólo hace una enunciación no taxativa, y que no sólo se concentran en los proyectos de formación de recurso humano de alto nivel, que es apenas otra de las variables necesarias para el fortalecimiento del sector, pero no la única.

En relación con el Principio de Legalidad del Gasto Público ha dicho la Honorable Corte Constitucional, lo siguiente:

- Sentencia No. C-373 de 2010 (MP. Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA):

"...4.1. Esta Corporación se ha pronunciado en múltiples ocasiones acerca de la constitucionalidad de normas que autorizan la realización de ciertos gastos. De manera general, la Corte ha señalado que dichas autorizaciones no vulneran la distribución de competencias entre el Legislador y el Gobierno.

Desde muy temprano en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta Corporación ha señalado que, salvo las restricciones constitucionales expresas, el Congreso puede aprobar leyes que comporten gasto público, pero corresponde al Gobierno decidir si incluye o no en el respectivo proyecto de presupuesto esos gastos, por lo cual no puede el Congreso, al decretar un gasto, "ordenar traslados presupuestales para arbitrar los respectivos recursos". La iniciativa parlamentaria para presentar proyectos de ley que decreten gasto público, no conlleva la modificación o adición del presupuesto general de la Nación (...) simplemente esas leyes servirían de título para que posteriormente, a iniciativa del Gobierno, se incluyan en la Ley Anual del Presupuesto las partidas necesarias para atender esos gastos...

De acuerdo con la línea jurisprudencial en la materia, el escrutinio judicial para determinar si en este aspecto una ley es o no constitucional consiste en analizar si la respectiva norma consagra "un mandato imperativo dirigido al ejecutivo", caso en el cual es inexecutable, "o si, por el contrario, se trata de una ley que se contrae a decretar un gasto público y, por lo tanto, a constituir un título jurídico suficiente para la eventual inclusión de la partida correspondiente, en la ley de presupuesto", evento en el cual es perfectamente legítima.

(...)

Más recientemente, en la sentencia C-290 de 2009, la Corte Constitucional reiteró lo siguiente:

"La vocación de la ley que decreta un gasto es, entonces, la de constituir un título jurídico para la eventual inclusión de las respectivas partidas en el presupuesto general de la Nación y si el legislador se limita a autorizar el gasto público a fin de que, con posterioridad, el Gobierno pueda determinar si lo incluye o no en alguna de las futuras vigencias fiscales, es claro que obra dentro del marco de competencias constitucionalmente diseñado y que, por este aspecto, no existe contrariedad entre la ley o el proyecto de ley objetado y la Constitución.

Siempre que el Congreso de la República haya incluido la autorización del gasto en una



ley, el Gobierno tiene competencia para incorporar las partidas autorizadas en el proyecto de presupuesto, pero también puede abstenerse de hacerlo, pues le asiste un margen de decisión que le permite actuar en tal sentido y "de acuerdo con la disponibilidad de los recursos y las prioridades del Gobierno, siempre de la mano de los principios y objetivos generales señalados en el Plan Nacional de Desarrollo, en el estatuto orgánico del presupuesto y en las disposiciones que organizan el régimen territorial repartiendo las competencias entre la Nación y las entidades territoriales."

La asignación presupuestal para la realización de gastos autorizados por la ley es eventual y la decisión acerca de su inclusión le corresponde al Gobierno, luego el legislador no tiene atribución para obligar al Gobierno a que incluya en el presupuesto alguna partida específica y, por ello, cuando a la autorización legal previa el Congreso agrega una orden con carácter imperativo o perentorio dirigida a que se apropien en el presupuesto las sumas indispensables para ejecutar el gasto autorizado, la ley o el proyecto de ley están afectadas por un vicio de inconstitucionalidad derivado del desconocimiento del reparto de las competencias relativas al gasto público entre el legislador y el Gobierno.

Dado que el Congreso autoriza el gasto, pero no puede ordenar que el Gobierno deba asignar las sumas de dinero destinadas a ejecutarlo, la Corte procede a analizar si el artículo cuya constitucionalidad se analiza (sic) en razón de la objeción formulada por el Gobierno Nacional, contiene una simple autorización o "presiona el gasto" mediante el establecimiento de la orden de incorporar en el presupuesto general de la Nación las partidas para ejecutar el gasto previsto."...". (Subrayas no originales)

De manera pues que órdenes legislativas como las contenidas en el inciso primero del artículo 12 del Proyecto de Ley No. 14 de 2015 / Senado, en el que se imparten instrucciones concretas al Gobierno Nacional, por parte del Legislador, van de alguna manera más allá de la habilitación legal para decretar un gasto y, en esa medida, podrían llegar a desconocer la Constitución Política, según tiene dicho la H. Corte Constitucional.

Conviene señalar también, que con el proyecto de ley analizado, a nuestro juicio se comprometen las competencias legales del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, en su condición de órgano principal de la administración pública, rector del sector y del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación⁽³⁾ – SNCTel –, especialmente las contenidas en los numerales 16 y 18 del artículo 7º de la Ley 1286 de 2009, que a la letra rezan que corresponde a esta entidad "...Definir las prioridades y criterios para la asignación del gasto público en ciencia, tecnología e innovación, los cuales incluirán áreas estratégicas y programas específicos y prioritarios a los que se les deberá otorgar especial atención y apoyo presupuestal..."; y, "...Concertar, con el apoyo del Departamento Nacional de Planeación, DNP, en coordinación con las demás entidades nacionales que ejecutan política de ciencia, tecnología e innovación, los recursos y la destinación de los mismos en el trámite de programación presupuestal, tomando como base el Plan Nacional de Desarrollo y la política

de ciencia, tecnología e innovación adoptadas por el CONPES...”.

Como puede verse, tanto las funciones, como los criterios orientadores para su ejecución (artículos 4º y 6º de la Ley 1286 de 2009), por lo menos en lo que hace al Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, no sugieren que la actividad de fomento, estímulo y apoyo deba concretarse específicamente en la asignación de partidas presupuestales para un sector en especial, cualquiera sea éste, sino que fundamentalmente apuntan al fortalecimiento del SNCTel⁽³⁾ como un todo, con el mayor grado de democratización posible sobre el gasto público, sobre todo cuando se trata de proyectos de formación de recurso humano de alto nivel, los que por definición son ciertamente limitados.

De hecho, esa es la razón de ser de previsiones normativas como las contenidas en el artículo 21 de la mencionada Ley 1286 que se estudia (y, si se quiere, de la norma contenida en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003⁴), de conformidad con el cual:

“Marco de inversión en ciencia, tecnología e innovación: El Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, MHCP, y el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias –, con el apoyo de las instituciones involucradas, elaborarán anualmente el marco de inversión en ciencia, tecnología e innovación, concebido como una herramienta de programación del gasto público de las entidades de Gobierno, con un horizonte de cuatro (4) años, para el cumplimiento de los objetivos de política, que considere las necesidades de inversión, las restricciones fiscales y las fuentes de financiación que garanticen la estabilidad de la inversión en ciencia, tecnología e innovación de acuerdo con el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gasto de Mediano Plazo. Dicho marco establecerá las acciones específicas anuales para el cumplimiento de las metas de inversión.”

Parágrafo. El Conpes determinará anualmente las entidades, la destinación, mecanismos de transferencia y ejecución y el monto de los recursos en programas estratégicos de ciencia, tecnología e innovación, para la siguiente vigencia fiscal, mediante la expedición de un documento de política en el cual, además, se especificarán las metas e indicadores de resultado sobre los cuales se hará medición de cumplimiento. Este documento deberá ser presentado por el Departamento Nacional de Planeación, DNP, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, MHCP y el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias, con el apoyo de las instituciones involucradas. Las inversiones a que haya lugar para los programas a que se refiere este artículo, respetarán la autonomía y las prioridades definidas por cada entidad pública nacional.”

Conforme con lo visto, cuando se trata del desarrollo legal del mandato constitucional de fomento, promoción, apoyo o estímulo de la actividad científica, tecnológica y de innovación (artículos 69 a 71 de la C.P.), la

⁴ Criterio de racionalidad de la actividad legislativa que se encuentra ausente en el documento de exposición de motivos que acompaña el presente proyecto de ley.

competencia para definir las prioridades y criterios para la inversión y para la asignación del gasto público del sector recae en la Rama Ejecutiva del Poder Público, a través del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, el Departamento Nacional de Planeación – DNP, y el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES.

En coherencia con lo anotado es menester advertir, que el proyecto de ley ordena la disposición de unas partidas presupuestales específicas que no han sido aprovisionadas ni en el marco fiscal, ni en el marco de gasto de mediano plazo lo que, como se indicó, podría comprometer a su vez el financiamiento de otros programas y proyectos y la estabilidad financiera del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, “Fondo Francisco José de Caldas”.

Por lo demás, no tenemos objeciones en relación con lo previsto en el inciso final del artículo que se revisa, pues en éste no se hace nada diferente que reafirmar una competencia legal asignada a este departamento administrativo, cual es la relativa al reconocimiento y medición de grupos de investigación, de investigadores y de centros de desarrollo tecnológico e innovación.

- *Respecto del Artículo 33 del Proyecto de Ley.*

Dispone la citada norma lo siguiente:

“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 permitió 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.”

Finalmente, en lo que corresponde al análisis de esta vista administrativa sobre el artículo 33 del proyecto de ley que se estudia, si bien no tenemos objeciones jurídicas puntuales, pues no se trata de la creación de una línea especial de crédito que esté a cargo de este departamento administrativo, si estimamos que resultan igualmente pertinentes las razones esgrimidas que

sugieren una posible inconstitucionalidad por el desconocimiento del *Principio de Legalidad del Gasto Público* y la *Regla de la Disciplina Fiscal*, adicional a lo cual consideramos que en cuanto correspondería a la posibilidad de condonación total de deudas o créditos, a partir de los resultados concretos de los proyectos financiados, es mucho más comprensivo el régimen legal señalado en el artículo 8° del Decreto 591 de 1991 que, como se vio, estableció por lo menos cuatro modalidades, de reembolso y de condonación, para los contratos de financiamiento de actividades científicas, tecnológicas o de innovación.

En conclusión, frente a las proposiciones normativas del Proyecto de Ley No. 14 de 2015 / Senado, en especial las contenidas en sus artículos 7°, 12° y 33, la posición oficial del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS es que éstas plantean varios retos constitucionales, además de que impactan el marco de financiación de mediano plazo del sector CTel, por lo que respetuosamente solicitamos al Senador Ponente y, por su conducto, a los autores de la iniciativa, que ésta sea archivada antes de propiciar su deliberación en el debate que corresponda según el estado actual del *iter legislativo* o, en su defecto, el retiro de los artículos específicamente analizados en esta oportunidad.

En los anteriores términos esperamos haber brindado la respuesta institucional requerida frente a esta importante iniciativa legislativa y, de esa manera, alimentar las reflexiones que deben ventilarse en el correspondiente debate democrático.

Elaborado por: SMEJIA
Revisó y aprobó: LMZAPATA