

**COMUNIDADES NEGRAS - Protección. Becas para estudios superiores /
CRÉDITOS A ESTUDIANTES NEGROS - Constitucionalidad / GRUPOS
ÉTNICOS - Destinación de dineros públicos**

El Estado debe cumplir ciertas obligaciones en materia de asistencia, protección o estímulo (artículos 43, 44, 46, 50, 71) o conceder subsidios (artículo 368), sin que pueda hablarse de desviación de dineros oficiales; se trata del cumplimiento de obligaciones superiores, que favorecen a niños, mujeres de familia, personas de la tercera edad, personas de menores ingresos, o que ofrecen estímulos especiales a personas e instituciones que ejercen actividades científicas, tecnológicas. De la misma estirpe son los artículos transitorios 13, 46 y 55; este último permite que el Estado destine partidas de su presupuesto para la protección de la identidad cultural y los derechos de las comunidades negras, así como para la promoción de su desarrollo económico y social. De manera que los auxilios o donaciones prohibidos en el inciso primero del artículo 355, por tratarse de actos o contratos que implican mera liberalidad, aun bajo la égida de la Constitución de 1991 no ha hecho desaparecer la política de fomento del Estado a la actividad particular. Concretamente en relación con la política de fomento en favor de comunidades étnicas discriminadas o marginadas, la Constitución (artículo 13) no solamente admite la aplicación del principio de igualdad de oportunidades sino, también la adopción de un trato preferente, pues sin este, aquel podría verse desvirtuado en la realidad. Admitida la constitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 40 de la Ley 70 de 1993, que autoriza al Gobierno para crear “un fondo especial de becas para educación superior, administrado por el Icetex, destinado a estudiantes en las comunidades negras de escasos recursos y que se destaquen por su desempeño académico”. El decreto reglamentario encuentra sustento, igualmente, en el Plan Nacional de Desarrollo, adoptado por la Ley 188 de 1995. En su artículo 20, acápite 6.8, dispone que se buscará el desarrollo social e institucional de los “pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas y raizales”, en reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la población colombiana. Como consecuencia, la Sala considera que el proyecto de decreto por el cual se reglamenta el artículo 40 de la Ley 70 de 1993, es no sólo viable jurídicamente, sino que, con los ajustes sugeridos y otros que se estimen útiles o necesarios, resultará renovador para un grupo étnico que está llamado a encontrar en la capacitación técnica, tecnológica y universitaria, el más sólido fundamento de su progreso.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio 242 de 21 de mayo de 1996.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Radicación número: 800

Actor: MINISTRO DE HACIENDA

Referencia: Revisión del proyecto de decreto por el cual se reglamenta el artículo 40 de la Ley 70 de 1993, sobre comunidades negras.

Porque la Unidad Jurídica de la Dirección Superior del Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó observaciones acerca de su constitucionalidad y legalidad, el señor Ministro del Interior ha remitido para su revisión el proyecto de decreto por el cual se reglamenta el artículo 40 de la Ley 70 de 1993.

El artículo citado, textualmente, dispone:

Artículo 40. El Gobierno destinará las partidas presupuestales para garantizar mayores oportunidades de acceso a la educación superior a los miembros de las comunidades negras.

Así mismo, diseñará mecanismos de fomento para la capacitación técnica, tecnológica y superior, con destino a las comunidades negras en los distintos niveles de capacitación. Para este efecto se creará, entre otros, un fondo especial de becas para educación superior, administrado por el Icetex, destinado a estudiantes en las comunidades negras de escasos recursos y que se destaquen por su desempeño académico.

Como consecuencia, el señor Ministro solicita a la Sala que se pronuncie sobre el proyecto, en su integridad, a objeto de tener certeza sobre la constitucionalidad y legalidad del mismo.

I. Observaciones de la unidad jurídica del Ministerio de Hacienda

Presenta, en síntesis, las siguientes objeciones:

1.1 El proyecto es violatorio de la Carta Política, por cuanto la Corte Constitucional, mediante sentencia C - 520 / 94, declaró inexecutable la expresión "financiación de becas" del artículo 21 de la Ley 60 de 1993. Al admitirse la financiación de becas con recursos provenientes de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, se crea en favor de las personas beneficiadas una donación que no encuentra autorización en la ley superior.

1.2 El proyecto es también violatorio de la Constitución, porque la misma Corte, en sentencia C - 372 / 94, considera que en sentido estricto puede haber una diferencia entre las donaciones (bilaterales y contractuales), con los auxilios (unilaterales, sin retribución por parte de quien los recibe), pero que frente al artículo 355 constitucional no se está frente a una justicia distributiva, sino de liberalidad, contraria a la función natural del aparato estatal.

El Ministerio del Interior, a su vez, razona del modo siguiente:

Este Ministerio, por el contrario, es del parecer que es diferente la discriminación negativa, de la positiva. En tanto que la primera crea diferencias injustificadas entre iguales, la segunda toma grupos discriminados y procura nivelarlos con el conjunto común.

II. Consideraciones acerca de la Ley 70 de 1993

Esta ley es desarrollo del artículo transitorio 55 de la Constitución Política expedida en 1991 y que, en forma textual, preceptúa:

Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas

rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.

La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Parágrafo 1º. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Parágrafo 2º. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley.

La Ley 70 de 1993, por consiguiente, fue expedida con el objeto de reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, el derecho a la propiedad colectiva; e igualmente, con el propósito de establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el de fomentar su desarrollo económico y social.

La finalidad de la ley consiste, entonces, en garantizar que las comunidades negras obtengan condiciones reales y justas frente al resto de la sociedad colombiana.

En tal sentido, la finalidad última de la ley sobre comunidades negras coincide con los propósitos del constituyente. Este, en efecto, tras reconocer sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5º) y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (artículo 7º), asigna a la organización política de la sociedad esta trascendental misión:

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

Significa ello que el derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 13 constitucional, no puede seguir siendo un mero postulado abstracto, sino que debe estar impregnado de contenido real y efectivo, única manera de elevar la condición humana de los grupos discriminados o marginados.

La Sala encuentra concordantes los artículos 7º y 13 de la Constitución con el 55 transitorio, los cuales han servido de fundamento para la expedición de la Ley 70 de 1993, destinada a crear condiciones equitativas en relación con uno de los grupos étnicos que demanda el apoyo y la especial protección del Estado.

Colombia, según lo proclama el artículo 1º de su ley suprema o norma de normas, es una república 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, aspectos básicos, absolutamente fundamentales, que a su vez encuentran respaldo en los valores supremos de la nacionalidad establecidos en el preámbulo: asegurar a sus integrantes la vida, la igualdad, el conocimiento, la libertad, la paz..., dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

Así concebido su marco jurídico, la Ley 70 de 1993 lo que hace es procurar interpretar el mandato constitucional que prescribe al legislador, además del reconocimiento de derechos territoriales, el establecer “mecanismos para la

protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social”.

III. Consideraciones acerca del proyecto de decreto reglamentario

En un proyecto de decreto que consta de 20 artículos, el Gobierno Nacional, obrando con fundamento en el artículo 40 de la Ley 70 de 1993, crea el Fondo Especial de Créditos Condonables “para estudiantes afrocolombianos de escasos recursos económicos” y dispone su financiamiento y administración.

El proyecto ha sido objetado por la unidad jurídica del Ministerio de Hacienda por estimarlo, con apoyo en sentencias de la Corte Constitucional, violatorio de la ley suprema del Estado.

Concretamente la norma que en último análisis se estima vulnerada, es el artículo 355 de la Constitución, dictado con la expresa finalidad de prohibir los denominados “auxilios parlamentarios”, que, además, habían extendido sus halagos por el escenario de asambleas departamentales y concejos municipales. La intención inicial de aquellos auxilios, dispuesta en la Constitución de 1886 (versión de la reforma de 1968), consistió “en fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes”, pero después desviaron sus objetivos hacia la financiación de campañas electorales. Por eso el constituyente de 1991, al prohibirlos, se expresó de manera radical:

Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Sin embargo, en el inciso siguiente adoptó una nueva modalidad en relación con las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad: la consistente en disponer que con ellas podrán celebrar contratos la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, con recursos de sus respectivos presupuestos, a fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. Y atribuyó al Gobierno Nacional la función de reglamentar la materia.

En la sentencia C - 520 / 94, a que se refiere la unidad jurídica de Min - Hacienda, se dice:

Fue el manejo de los auxilios por los miembros de las corporaciones públicas el que se prohibió en la Carta de 1991, por cuanto fueron las conductas relacionadas con los auxilios las que recibieron las críticas admitidas por el constituyente; esto incluye todo tipo de desviación de recursos públicos que se pretendan destinar por fuera de los cometidos constitucionales y legales y dentro de un régimen específico identificado de modo concreto y general.

Conviene precisar que la decisión de la Corte de declarar inexecutable la expresión “financiación de becas”, que contenía el numeral primero del artículo 21 de la Ley 60 de 1993, comprende los dineros provenientes de la transferencia que de un porcentaje de sus ingresos corrientes hace la Nación a los municipios y aquellas becas que, por su liberalidad, pueden convertirse en donación a particulares.

Pero el marco constitucional con respecto a la destinación de dineros públicos en favor de personas naturales o de personas jurídicas de derecho privado, no se agota en el artículo 355. De conformidad con otros textos constitucionales, el Estado debe cumplir ciertas obligaciones en materia de asistencia, protección o estímulo (arts. 43, 44, 46, 50, 71) o conceder subsidios (art. 368), sin que pueda hablarse de desviación de dineros oficiales; se trata del cumplimiento de obligaciones superiores, que favorecen a niños, mujeres cabeza de familia, personas de la tercera edad, personas de menores ingresos, o que ofrecen estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan actividades

científicas, tecnológicas o culturales. De la misma estirpe son los artículos transitorios 13, 46 y 55; este último permite que el Estado destine partidas de su presupuesto para la protección de la identidad cultural y los derechos de las comunidades negras, así como para la protección de su desarrollo económico y social.

De manera que los auxilios o donaciones prohibidos en el inciso primero del artículo 355 por tratarse de actos o contratos que implican mera liberalidad, aun bajo la égida de la Constitución de 1991, no han hecho desaparecer la política de fomento del Estado a la actividad particular, como lo ha sostenido esta Sala (concepto 504 / 93).

Concretamente en relación con la política de fomento en favor de comunidades étnicas discriminadas o marginadas, la Constitución (art. 13) no solamente admite la aplicación del principio de igualdad de oportunidades sino, también, la adopción de un trato preferente, pues sin este, aquel derecho podría verse desvirtuado en la realidad.

La Corte Constitucional, en sentencia T - 288 / 95, expresó:

La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (C.P. art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (C.P. art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

(...)

El derecho a la igualdad de oportunidades trasciende la concepción formal de la igualdad ante la ley. Tiene en cuenta las diferencias naturales o sociales como factores relevantes para determinar el trato a que tienen derecho determinadas personas o grupos.

(...)

La igualdad de oportunidades es, por consiguiente, un derecho fundamental mediante el que se “equipara” a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizar el pleno goce de sus derechos.

Por lo demás, la Constitución Política, en su artículo 67, confiere a la educación las siguientes características: es un derecho de la persona y tiene una función social; son responsables de ella el Estado, la sociedad y la familia, teniendo el carácter de obligatoria para los niños y jóvenes entre los cinco y los quince años de edad; será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos, y, entre las obligaciones del Estado, destaca la de garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

Trátase, pues, de un tema relacionado con el fomento para la capacitación técnica, tecnológica y superior, con destino a las comunidades negras en los distintos niveles de capacitación, contenido en un proyecto de decreto reglamentario que encuentra sustento en principios y disposiciones de la Carta Política y en la Ley 70 de 1993.

Ahora bien: admitida la constitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 40 de la Ley 70 de 1993, que autoriza al Gobierno para crear “un fondo especial de becas para educación superior, administrado por el Icetex, destinado a estudiantes en las comunidades negras de escasos recursos y que se destaquen por su desempeño académico”, es procedente hacer algunas acotaciones al proyecto de decreto reglamentario, cuyo texto ha sido remitido por el consultante.

Mediante la creación del Fondo Especial de Créditos Condonables, se procura que el Gobierno facilite a estudiantes llamados por el decreto reglamentario con el nombre, impropio, de “afrocolombianos”, pues en verdad son colombianos de raza negra, el acceso a procesos de selección y cualificación en diferentes niveles

educativos, teniendo prioridad en la adjudicación de los créditos la mujer cabeza de familia. Dicho fondo estará constituido “con recursos provenientes de la Nación” (art. 13), sin que se precise su monto inicial, correspondiendo a la Junta Administradora la gestión de los recursos económicos necesarios para su funcionamiento (art. 15, letra c).

Se trata, por consiguiente, del otorgamiento de créditos especiales, que pueden ser condonables total o parcialmente y en relación con los cuales desaparece la gratuidad o mera liberalidad, por cuanto se determina que los beneficiarios “prestarán a la comunidad negra los servicios afines con la carrera según los compromisos que se establezcan, al aceptar el beneficio, (consistente en) trabajos organizativos, académicos o sociales en períodos vacacionales o al finalizar sus estudios” (art. 9º, letra k).

Es importante resaltar que la función administrativa del fondo, que con muy buen criterio se adscribe por la ley al Icetex (Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior), no se halla explícita en el texto del decreto reglamentario; éste se limita a disponer la integración y las funciones de la junta administradora nacional (presidida por el director del Icetex o su delegado) y de los comités regionales (de los que forma parte el director regional de la misma institución, sin que se precise, como parece lo más aconsejable, que le corresponde presidirlo). También conviene que se fijen los parámetros con sujeción a los cuales podrá hacerse la condonación de créditos y atribuir esta función al Icetex, dada su experiencia y trayectoria.

Desde su creación en el año de 1950 (Decreto 2586), uno de los objetivos principales del Icetex consiste en “fomentar y promover el desarrollo educativo y cultural de la Nación, mediante préstamos, así como a través de la canalización de otras oportunidades educativas y la cooperación técnica internacional y nacional, a estudiantes y profesionales de nivel superior”; de ahí que entre sus funciones figure la de administrar fondos de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, destinados a la financiación de estudiantes colombianos dentro del país como del exterior. Son aspectos que, por lo demás, concuerdan con los fines previstos en las Leyes 30 de 1992 y 115 de 1994.

El decreto reglamentario encuentra sustento, igualmente, en el Plan Nacional de Desarrollo, adoptado por la Ley 188 de 1995. En su artículo 20, acápite 6.8, dispone que se buscará el desarrollo social e institucional de los “pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas y raizales”, en reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la población colombiana.

Como consecuencia, la Sala considera que el proyecto de decreto por el cual se reglamenta el artículo 40 de la Ley 70 de 1993, es no sólo viable jurídicamente, sino que, con los ajustes sugeridos y otros que se estimen útiles o necesarios, resultará renovador para un grupo étnico que está llamado a encontrar en la capacitación técnica, tecnológica y universitaria, el más sólido fundamento de su progreso.

Transcríbese al señor Ministro del Interior. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Luis Camilo Osorio Isaza, Presidente de la Sala; Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.