

**EL CONTRATO ESTATAL COMO MATERIALIZADOR DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LA COMUNIDAD AFROCOLOMBIANA**

(Acciones Afirmativas en la contratación pública para comunidades afro)

SANDRA LIZETH COLORADO LOBOA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS



FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA MAESTRÍA DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

TUTORA: Dra. Yaisa Córdoba Zabala

Email: salicolo@hotmail.com

Tel: 3148918744

ÍNDICE

Introducción.....	1
1. El principio de igualdad en la contratación estatal:.....	5
2. Descripción de la selección objetiva y la libre concurrencia:.....	7
3. Las acciones afirmativas en la contratación estatal:.....	10
4. Manifestación de la igualdad a través de las acciones afirmativas en el contrato estatal:.....	17
5. Conclusiones:.....	25
6. Referencias bibliográficas:.....	30

RESUMEN

La población afrodescendiente en Colombia se encuentra en condición de marginalidad, por ello se adentra el texto en comprender por qué y cómo las acciones afirmativas pueden ser una herramienta de la contratación estatal que puede encaminar a esta población a las condiciones de normalidad frente a las demás etnias, de acuerdo al texto esto se hace no modificando la norma jurídica, sino ejecutando un análisis sistemático de las normas regulatorias, con el fin de ver la libre concurrencia y la selección objetiva, como la mano material para aplicar las acciones afirmativas, las cuales implican sencillamente la voluntad de la administración de incluir a la sociedad a la tan violentada comunidad afrocolombiana.

Palabras clave: Contrato estatal, libre concurrencia, selección objetiva, igualdad, acciones afirmativas, discriminación positiva, clausulas sociales, derechos fundamentales, comunidad afrocolombiana.

ABSTRACT

The Afro-descendant population in Colombia is a condition of marginality, for this reason the text goes into understanding why and how affirmative actions can be a tool of state contracting that can direct this population to the normal conditions of other ethnic groups, According to the text, this is done not by modifying the legal norm, but by executing a systematic analysis of the regulatory norms, in order to see free competition and objective selection, as the material hand to apply affirmative actions, which simply imply the will of the administration to include the much violated Afro-Colombian community in society.

Keywords: State contract, free competition, objective selection, equality, affirmative actions, positive discrimination, social clauses, fundamental rights, Afro-Colombian community.

Introducción:

Este documento es el resultado de una investigación cuyo propósito es la revisión de un fenómeno que se presenta en la contratación pública entendida como una herramienta materializadora de derechos fundamentales, específicamente el estudio de la incidencia de las denominadas acciones afirmativas en el contrato estatal, mecanismo que en el sistema jurídico actual en Colombia, funge como la rama del derecho por medio de la cual se establecen las formas y reglas de los particulares para poder hacer parte de un negocio jurídico contractual con una entidad de derecho público, la cual a la hora de seleccionar al contratista deberá observar un minucioso y reglado camino, el cual está permeado de un sistema de principios, que no tienen otra función que preservar los derechos fundamentales y de servicio público de los administrados, pero que en la actualidad en Colombia funge en realidad como la herramienta de satisfacción de necesidades económicas de las entidades administrativas.

La segunda parte del tema central de esta investigación con lo anteriormente establecido, implica la explicación de las desigualdades que se presentan frente a la población afrodescendiente que parten de la inmersión de esta comunidad en el mercado laboral, requisito que merece especial atención. Para ello es importante tener en cuenta el concepto del trabajo decente, González y Guillen (2009) explican que la OIT en 1999 es quien primero define el concepto, explicando que es “aquella ocupación productiva justamente remunerada y ejercida en condiciones de libertad, equidad, seguridad y respeto por la dignidad humana” (p. 318).

Tenjo y Herrera (2009, p. 45) y Bustamante y Arroyo (2008, p. 82) según Marulanda y Mora (2014) en estudio relativo a la temática “encuentran que la población afrodescendiente tiene una menor probabilidad de adquirir empleos de alta calidad” (p. 323), específicamente Tenjo y Herrera (2009, p. 24) identifican esta conclusión estudiando factores de brechas salariales entre mujeres y hombres afro descendientes y de demás etnias, así realizando discriminación por ocupación y nivel de calificación, se encuentra que las personas afro descendientes ganan menos que el resto de personas empleadas.

El Ministerio de Cultura (s.f) por su parte señala que “Las deficiencias en los indicadores del mercado laboral demuestran los bajos niveles de inserción de la población afrocolombiana en las actividades formales” (p. 6) y explican que “Según la Encuesta Continua de Hogares para el

segundo trimestre de 2004, en promedio las trece áreas metropolitanas reportaron que el 41.3% de los trabajadores unipersonales eran afrocolombianos frente al 26.1% de los no afrocolombianos” (p. 6).

Esto es una clara muestra de que dicha comunidad con ocasión a las estadísticas ya indicadas, necesitan salir de un campo de vulneración evidente, ya que tienen porcentual y objetivamente menos oportunidades de estudio y de trabajo, en especial las mujeres, siendo el contrato estatal una de las mejores formas para poder hacer corrección de dichas desigualdades, ya que a través de los principios que la permean, la entidad administrativa por la potestad que le da la Ley, puede legítimamente limitar la libre concurrencia, o valorar de mejor forma al proponente que incluya en sus nóminas a personas de grupos marginados, promoviendo dichos comportamientos en otras entidades, y ojalá gozando de alivios tributarios.

Es importante mencionar que los principios de libre concurrencia y selección objetiva en la contratación estatal, permiten, entre otros, incentivar la inclusión de toda la comunidad en el logro de los objetivos del Estado, lo que implica que algunas comunidades que históricamente han sido excluidas de la realidad económica y social del país, puedan salir del estado de inequidad en el que se encuentran, incluyéndolos en la normalidad social o los beneficios que con esta vienen, teniendo en cuenta que la finalidad del contrato no solo implica ser medio de satisfacción de necesidades, sino también ser materializador de derechos fundamentales y mecanismo de integración social.

En los términos de la sentencia C-932 de 2007 no es necesario una reforma legal para la materialización de cláusulas sociales y uso social del contrato público, sino que puede hacerse un análisis sistemático de la norma con la finalidad de darle mayor alcance a la libre concurrencia y a la selección objetiva, pudiendo aplicar estos no de forma diferente sino con contenidos adicionales avalados completamente por la Ley y la jurisprudencia, utilizando la figura con la finalidad de que la inclusión de la comunidad afrodescendiente a través de discriminación positiva sea un incentivo para los proponentes, y que pueda limitarse la entrada justificadamente de candidatos que no cumplan con determinadas cuotas de personal afrodescendiente en la empresa y que sea un estructural requisito de ponderación a la hora de adjudicar el contrato (Corte Constitucional, sala plena, 8 de noviembre de 2007, sentencia C- 932 de 2007, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra).

Así las cosas, se plantea la pregunta de ¿cómo se deben manifestar las acciones afirmativas para las comunidades afrodescendientes a través de la selección objetiva y libre concurrencia en los procesos de selección a contratistas con el fin de incentivar la inclusión de dichas comunidades en la economía y vida política?

Para dar respuesta a este interrogante se plantea como objetivo general evaluar y analizar de qué manera se deben manifestar las acciones afirmativas en la contratación estatal en los procesos de selección a contratista para que funja como forma de inclusión de la comunidad afrodescendiente, que se desarrollará a partir de los siguientes objetivos específicos:

i) Describir el principio de igualdad como el fundamento específico y más sólido que permitirá la revisión de los principios de libre concurrencia y selección objetiva, como parte fundamental de la contratación estatal; ii) Analizar las acciones afirmativas en la contratación estatal como mecanismo a favor de la población afrodescendiente, y iii) Examinar de qué forma las acciones afirmativas pueden materializar el principio de igualdad en el contrato estatal.

Para lo anterior es necesario acudir a algunos autores que visualizan el contrato estatal como materializador de derechos fundamentales e inclusión de minorías, descartando en gran medida la doctrina que exclusivamente trata el negocio del Estado como un mecanismo de satisfacción de los objetivos de la administración, es decir la forma clásica de la visión del contrato administrativo, también teniendo como base teórica autores que tratan las acciones afirmativas como mecanismo de inclusión de minorías.

En cuanto a la metodología de la investigación se utilizó el método deductivo, ya que de un cúmulo de información, doctrina y jurisprudencia se llegó a una conclusión específica, posteriormente se utilizó el método cuantitativo ya que se analizaron estadísticas con el fin de comparar los estándares de vida de la comunidad afrocolombiana con otras comunidades, luego utilizando el método de derecho comparado se llegó a la conclusión, y fue necesario recurrir a legislación foráneas, y utilizar figuras como cláusulas sociales y contratación pública socialmente responsable para contrastar y verificar su utilización en Colombia, y finalmente se utilizó la metodología de análisis jurisprudencial, ya que para llegar a la conclusión principal fue necesario estudiar sentencias de corporaciones judiciales.

1. El principio de igualdad en la contratación estatal:

El origen del principio de igualdad se puede ubicar dentro del contexto del derecho “positivo” en la concepción teórico jurídica judía, Acuña (2009) menciona que dicha concepción “se basa en la relación con Dios, indicando que es una igualdad que busca sobreponer las diferencias pero no las niega” (p. 26), podemos hablar que un momento histórico importante siguiente viene con la declaración de derechos humanos de Virginia, Acuña (2009) indica que con esta “se inicia la construcción institucional de la nación americana, dando al mundo la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano el 20 de junio 1776, preceptúa el artículo primero que todos los hombres nacen igualmente libres e independientes” (p. 27).

La igualdad como principio ha sido abordada por distintos autores y ha sido el fundamento de varias teorías del derecho, entre las cuales se podría citar el principio de justicia denominado justa igualdad de oportunidades, propuesto por Rawls (1999) y entendido como “Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades” (p 73).

Así en relación con lo anterior, resulta necesario comprender a importantes teóricos en materia del derecho a la igualdad, como se mencionó el primero de estos es Rawls (1999), pero en texto anterior, para el autor existen dos formas en las que la igualdad es incorporada en la concepción de justicia, la primera de estas es el valor equitativo de las libertades políticas la segunda la igualdad equitativa de oportunidades, Berrotarán (s.f, p. 104) comentando las dos conceptos de Rawls (1999), afirma que:

“Lo que define a una libertad como básica es su rol central para garantizar el ejercicio de los dos poderes morales que definen al ciudadano como agente moral: la capacidad para una concepción del bien y la capacidad para un sentido de la justicia” (p. 3).

En cuanto a la igualdad equitativa de oportunidades, Berrotarán (s.f, p. 103) implica la meritocracia, es decir que cualquier persona que cumpla con cierta destreza o habilidades intelectuales, pueda ocupar cargos respecto de los cuales dicha habilidad resulta como requisito, y por supuesto que no existan barreras legales para que esto ocurra.

En segundo lugar podemos nombrar a Rawls pero en texto posterior (2003, p. 33), y su teoría denominada como “igualdad liberal” siendo importante mencionar que esta tiene tres grandes bloques, un criterio distributivo, su justificación y una sociedad ideal, teorías que se concentran bastante en la igualdad de los recursos, y todo lo que ocupa la distribución de riqueza, la igualdad de recursos como tal presenta dos concepciones de justicia, el primer elemento implica que las personas en cualquier momento gozan de diferentes conjuntos de riqueza como resultado de las elecciones en las que hayan incurrido, el segundo elemento o forma de justicia requiere que las personas no tengan diferentes conjuntos de riqueza solamente por la ocurrencia natural o porque son favorecidas por el azar, así los resultados del mercado deben corregirse de alguna forma, para contrarrestar los efectos de eventos fortuitos.

Como elemento final, es pertinente nombrar a Sandel (2000, p. 20) quien tiene una postura la cual puede reñir con la tesis de este artículo, ya que habla de conceptos como el igualitarismo, lo que no es otra cosa que la igualdad mediante la Ley, utilizando forzosamente la Ley para contrarrestar los derechos de una persona en virtud de sus capacidades, para ponerla en el mismo lugar de otra persona con menos capacidades, pero que por efectos políticos o ideológicos, se ponen en el mismo lugar, como las leyes cremallera en los congresos de Latinoamérica, imponiendo cuotas para hombres y mujeres, quitándole oportunidad al hombre o mujer que tiene mejores aptitudes que el sexo contrario, por una igualdad forzada que nada aporta a la sociedad, diría el autor. Duque y Vanegas (2019) señalan que “la igualdad supone tratar como a iguales a quienes se encuentran en igualdad de condiciones y otorgar un trato diferente cuando se está ante una situación entre desiguales” (p. 135).

Lo anterior en materia de contratos con el Estado no implica factor diferente a que cualquier persona debe tener las facilidades, igualdad de oportunidades y poder presentar ofertas sobre las mismas condiciones.

En este orden de ideas, si nos remitimos, al artículo 209 constitucional, dentro de los principios de la función administrativa, se encuentra la igualdad, obligando a toda aquella entidad que esté sometida a la función administrativa, a respetar dicho mandato de optimización.

Ahora bien, aterrizando en el Estatuto General de la Contratación Pública, el artículo 30 explica que en materia de licitación pública las convocatorias se harán en igualdad de oportunidades, para finalmente encontrar el artículo tercero de la Ley 1437 de 2011, el cual señala que “en virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección

a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento” (Colombia, Ley 1437, 2011, artículo 3).

Por otro lado, en cuanto a la jurisprudencia relevante en la materia, desde una perspectiva general, encontramos la sentencia C-862 del 3 de septiembre de 2008, habla sobre la aplicación del principio de igualdad en la contratación estatal, esta señala que:

“El principio de igualdad en la contratación estatal, puede concentrarse, entre otras, en las siguientes reglas, 1) Todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, 2) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección, 3) los pliegos de condiciones deben materializar las condiciones de igualdad, y 4) que la selección objetiva no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales discriminados. (Colombia, Corte Constitucional, 2008, sentencia C- 862).

Luego es de comprender que este mandato se aplica también a la fase precontractual, por lo que la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 24 de marzo del 2014 señala que:

“La igualdad en materia de contratación estatal, específicamente en lo que concierne a la etapa precontractual, se concreta, entre muchos otros eventos, cuando las todas propuestas, tanto para la admisión, evaluación y ponderación como para su rechazo, son examinadas a la luz y con estricta sujeción al catálogo de reglas claras, justas y objetivas” (Colombia, Consejo de Estado, 2014, sentencia del 24 de marzo).

De acuerdo con los anteriores puntos jurisprudenciales, es posible comprender según Palacios (2016) que el principio de igualdad se reduce a los siguientes postulados:

“Todos los interesados tienen derecho a acceder a la contratación administrativa en iguales condiciones; - La participación en los procesos de selección de contratistas debe ser en igualdad de oportunidades; - los pliegos de condiciones, las invitaciones a participar y los documentos empleados para la selección de los contratistas, así como los reglamentos creados para tal fin, deben diseñarse de forma que garanticen la igualdad entre los proponentes; - el deber de selección objetiva de las propuestas impone evaluación entre iguales y la escogencia de la mejor propuesta;

y finalmente - los criterios de selección objetiva de los contratistas no excluyen el diseño de formas jurídicas que favorezcan grupos sociales tradicionalmente discriminados” (p. 23)

Teniendo en cuenta lo manifestado hasta ahora, lo más importante a tener en cuenta en materia de derecho a la igualdad, es comprender la noción de igualdad material e igualdad formal, es decir todos somos iguales, siempre y cuando estemos en condiciones similares, pero cuando una persona o grupo, se encuentra duramente marginado, la Ley debe actuar de forma diferente, y tomar acción para que la persona o grupo que se encuentra fuera de la normalidad social, pueda volver a estarlo, por eso la inmersión de las cláusulas y acciones afirmativas en el contrato administrativo, ya que con la utilización de estas, el contrato estatal potencialmente puede fungir como materializador de derechos fundamentales, y una fuerte herramienta de inclusión social.

Si sopesamos entonces la realidad histórica en la que se encuentra la comunidad afrodescendiente en Colombia, nos damos cuenta que los postulados que rigen la igualdad según Palacios (2016, p. 23), se convierte en un ideal, un sofisma que nada tiene que ver con la realidad; y que no sería posible para una comunidad como la afrodescendiente, entrar al universo de la igualdad, sino se comienza por establecer a su favor, acciones o medidas de discriminación positiva.

2. Descripción de la selección objetiva y la libre concurrencia:

En la contratación estatal existen dos principios fundamentales que han pretendido garantizar la finalidad específica de la Administración, a saber, la selección objetiva y la libre concurrencia; siendo el primero aquel que pretende que la elección de los contratistas esté realizada bajo criterios claros que garanticen la igualdad de los interesados y permitan elegir al mejor proponente posible, y la libre concurrencia, como la posibilidad de que los interesados en participar en un proceso de selección a contratistas puedan hacerlo.

Rodríguez (2015) destaca que “el principio de selección objetiva ordena a las Entidades a escoger el ofrecimiento más favorable para sus intereses, basándose en la relación costo–beneficio” (p. 4), Nieves (2017) por su lado indica que:

“El principio de selección objetiva se desprende de una norma constitucional en la cual se encuentran condensados los principios de la función administrativa y que guardan una estrecha relación con las disposiciones contenidas en las Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2007” (p. 16).

Colombia Compra Eficiente (s.f) en concepto 4201813000005303 señala que “el principio de selección objetiva hace referencia a que la selección de los colaboradores responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa” (p. 7), e indica que “la selección será objetiva cuando se haga el ofrecimiento más favorable para la entidad respecto de los fines que esta busca” (p. 8).

De lo anterior puede comprenderse que la selección objetiva es aquel principio por medio del cual se utilizan medios de selección en relación a la cuantía y naturaleza del objeto, obligando por mandato directo a la entidad administrativa a elegir al contratista bajo reglas preestablecidas, y exclusivamente bajo criterios objetivos de beneficio para la entidad, teniendo en cuenta que estos factores de ponderación dependerán de cada caso en concreto, siendo por ejemplo el precio el factor más importante en los bienes de características uniformes, o la experiencia en los concursos de mérito, indicando que la inobservancia de esta conducta deriva en la nulidad absoluta del negocio, (Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, 2011, sentencia 17767).

Galvis (2018) respecto del alcance del principio señala que:

“La libertad de concurrencia resulta ser el principio propio de la contratación estatal en el que se reconoce y garantiza la libre competencia económica en los procesos de selección de contratistas del Estado, pues el contenido y alcance de las dos figuras resultan ser estrictamente similares” (p. 20).

No debe interpretarse que la administración no puede interponer limitantes a los proponentes, ya que existen los requisitos habilitantes, que refieren a las exigencias mínimas que se deben cumplir para ser tenido en cuenta, para complacer la necesidad de la entidad, Sin dejar de lado que, aunque la entidad tiene la potestad de establecer dichos requisitos habilitantes, esa discrecionalidad no es absoluta, toda vez que al momento de definir los requisitos habilitantes que se exigen, estos deben ser proporcionales con el valor, plazo, cuantía y

demás, tal como lo ha mencionado Colombia Compra Eficiente (s.f) en concepto número # 420181300004001.

Si a lo anterior se le añade lo indicado por Solís (2015) respecto del principio de proporcionalidad de la discrecionalidad del administrador, cuando manifiesta que “es un instrumento metodológico para el establecimiento de los requisitos habilitantes y un mecanismo de interdicción de la arbitrariedad en el marco de las facultades discrecionales, como es el caso de la confección del pliego de condiciones”(p. 41) se puede comprender entonces, que a pesar de que el principio no es absoluto en su alcance como lo indica la sentencia C-713 de 2009, esta relatividad encuentra fundamento en que la entrada del proponente debe ir relacionada fuertemente, y en primer término a poder satisfacer la necesidad de la administración, siendo legítima una discriminación, la cual tiene origen en la protección de los administrados a recibir un correcto servicio público (Corte Constitucional, Sala Plena, 7 de 2009, M.P María Victoria Calle Correa).

Es posible identificar que estos dos mandatos de optimización tienen una finalidad concreta, que se enfoca en la protección de los derechos fundamentales de los administrados, en el sentido de que se protege el derecho a la igualdad a toda persona que cumpla con los requisitos mínimos para licitar con el Estado, no poniendo trabas injustificadas, y en segundo lugar, que la selección del proponente que ya pasó el filtro de la concurrencia, sea seleccionado bajo criterios de ponderación objetivos, relativos a la naturaleza y cuantía del contrato, pero siempre en el enfoque de lo que sea más benéfico para la entidad.

Lo expuesto hasta aquí, nos deja claro, que con fundamento en la selección objetiva y libre concurrencia, el componente social y de inclusión de minorías es una perspectiva que aún no se ha desarrollado en nuestro sistema, en contraposición al caso europeo que se explicará en sección posterior del texto, de ahí que se deba buscar cómo estas figuras en el ordenamiento colombiano pueden convertirse en materializadoras de los derechos fundamentales de las minorías marginadas, en este caso los afrodescendientes en Colombia.

3. Las acciones afirmativas en la contratación estatal:

Según Sowell (2014) “El origen de las acciones afirmativas como mecanismo equiparador de las desigualdades sociales y de los espacios democráticos para grupos desaventajados deriva de la traducción del término estadounidense *affirmative action*” (p. 47) según Durango (2016) esta figura comprende “todas las acciones utilizadas por los poderes públicos y aquellas provenientes de los inputs que ejercen los individuos en la esfera pública tendientes a lograr políticas públicas, prácticas equiparadoras y restablecedoras de los derechos fundamentales para grupos excluidos y discriminados” (p. 139).

Respecto del origen de la figura, es importante mencionar un caso que modificó la jurisprudencia norteamericana, *Brown vs. Board of education* en 1954 (decisión unánime por la Corte Warren), donde un hombre afroamericano demanda a una institución educativa por no dejarlo entrar como estudiante por motivos de raza. Al respecto, Sullivan y Gunther (2004), comenta que en la providencia se establece que “la tesis de separados pero iguales, no tiene cabida” (p. 767) y Ríos (2007) hace mención a que este fue un caso donde teóricamente se aplicó una discriminación positiva, señalando que “no fue hasta 1961 donde se habló de forma expresa de la figura” (p. 11).

Laydon Jhonson, vicepresidente de EEUU para la época del caso, emitió resolución por medio de la cual le prohíbe a las entidades administrativas tener en cuenta la raza como un criterio para negar la participación de un candidato, el mismo Johnson (1997) explica que “eligió el termino acción afirmativa por ser aliterado” (p. 58).

Respecto a la finalidad de la acción afirmativa, Garrison-Wade y Lewis (2004), exponen que “Desde sus inicios, el objetivo de las políticas de acción afirmativa ha sido brindar oportunidades para que las minorías avancen en la sociedad” (p.23), sin duda alguna las acciones afirmativas han logrado abrir puertas a las minorías, en especial facilitando el acceso a la educación superior de las mismas.

En cuanto al aporte de este tipo de políticas en EEUU, resultan claros los beneficios que ha revestido en las instituciones políticas y administrativas y es por ello que no se trata solo de medidas que se incluyan dentro de las normas, sino que como lo mencionan Crosby, Iyer y Sincharoen (2006) “La acción afirmativa se produce cuando una organización dedica recursos (incluido tiempo y dinero) a asegurarse de que las personas no sean discriminadas por

motivos de género o grupo étnico” (p. 587).

Por su parte, Holzer y Neumark (2005), explican que la acción afirmativa se refiere a: “un conjunto de prácticas realizadas por empleadores, universidades, oficinas de admisión y agencias gubernamentales para ir más allá de la no discriminación, con el objetivo de mejorar activamente la situación económica de las minorías y las mujeres” (p.2).

Si bien el nacimiento de las acciones afirmativas en EEUU para las instituciones no impacta de manera directa la contratación estatal, es un antecedente que será útil para explicar la necesidad de este fenómeno como mecanismo de inclusión.

Los mismos Crosby, Iyer y Sincharoen (2006, p. 589), hacen una comparación entre la acción afirmativa y la igualdad de oportunidades, que, aunque las dos tienen el mismo fin, la acción afirmativa es proactiva (comportamientos orientados al cambio), mientras que podría entenderse que la igualdad de oportunidades es la actividad previa que debe darse para evitar utilizar acciones afirmativas en un futuro.

Afirman también que la acción afirmativa es necesaria para equilibrar los cuerpos laborales y de proponentes en procesos de selección para asegurar las decisiones justas y la diversidad en los diferentes escenarios, a lo largo del desarrollo de estas acciones afirmativas se han logrado percibir cambios positivos: “Se ha demostrado que la diversidad genera resultados democráticos positivos para todos los candidatos en negocios con el Estado, incluida una mayor capacidad para tomar participación en asuntos políticos” (Crosby, Iyer y Sincharoen, p.590).

Ahora bien, en el derecho estadounidense, para los que incumplen los principios de la acción afirmativa, hay consecuencias aunque es poco común que se impongan, una de estas, puede ser una demanda y la exclusión en determinados contratos, lo anterior aplica tanto para contratistas como para empleadores, teniendo en cuenta lo anterior, se considera la acción afirmativa como algo necesario: “estas políticas son necesarias para contrarrestar las barreras sistemáticas que las minorías y las mujeres continúan enfrentando en la búsqueda de oportunidades de educación y empleo” Holzer y Neumark (2005, p.6).

En relación con el caso europeo, Ríos (1997) menciona que resultó mucho más sencillo la implementación de las acciones afirmativas, porque se dio con ocasión de la Declaración de los

Derechos del Hombre, y con el transcurso y desarrollo de los sistemas jurídicos mundiales, se llegaron a acuerdos en materia de instrumentos internacionales, menciona entonces que “por ejemplo en 1966 en las Naciones Unidas se aprueba la Convención Internacional sobre la eliminación de la discriminación racial, en 1975 la OIT aprobó la declaración sobre la igualdad de trato y de oportunidades para los trabajadores” (p. 14), además la UNESCO expide la declaración de raza y perjuicios raciales, y en 1979 la que prohibió toda forma de discriminación con la mujer.

Si bien en Colombia se han importado algunos conceptos del derecho anglosajón en temas de acciones afirmativas, según Vallejo (2016, p. 71) estas tienen un origen en dos sentidos, primero en el hecho de la creación del Estado Social de Derecho, y segundo en la instalación de la igualdad como derecho fundamental, y se menciona como estructural y esencial el contenido de la sentencia C-932 de 2007, esta menciona que una acción afirmativa se adapta a la Constitución si esta:

Tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades; (ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio; (iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, dependiendo de la situación concreta; (iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicio; (v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de persona, por lo que no resultan válidas medidas *in generi* o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichoso (Corte Constitucional, sala plena, 8 de noviembre de 2007, sentencia C- 932 de 2007, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra).

Estos requisitos serán utilizados de manera continua y es importante mencionar que en la sentencia T-724 de 2003 se describen de manera detallada señalando que los elementos son “la concurrencia efectiva de prácticas discriminatorias, si la diferencia de trato establecida con la acción afirmativa es razonable y proporcional, y que sea de carácter temporal” (Corte Constitucional, Sala de Revisión Primera, 20 de agosto de 2003, T- 724, M.P Jaime Arturo Rentería).

Respecto de esto Velandia (2017) explica que:

“Bajo el marco de la igualdad material como uno de los pilares del Estado Social de Derecho, se encuentra justificado un trato diferenciador a favor de aquellas personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta o que han sido históricamente sometidas a discriminación por diversas razones” (p.18).

Las acciones afirmativas entonces se basan en la noción de la diferencia de la igualdad material y la igualdad formal, y es que la segunda implica la forma de materialización de la igualdad generando precisamente un trato desigual con el fin de salvaguardar la igualdad, tema tratado en la sentencia C -022 de 1996 (Corte Constitucional, Sala Plena, 5 de febrero de 1996, M.P Vladimiro Naranjo Mesa).

Ahora bien, para que sea jurídica y constitucionalmente válido ese trato desigual, la corporación constitucional ha creado reglas y lineamientos, Velandia (2017) entonces explica que estos serían:

a) La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual. b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución. c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido (p. 18).

El primer elemento que debe indicarse es la exacta identificación del grupo marginado, según Velandia (2017) “cuando se habla de grupos marginados, se hace referencia a aquellos grupos que se encuentran en situación de desventaja o excluidos de las actividades económicas y por lo tanto se encuentran en la imposibilidad material para hacer efectivos sus derechos” (p. 19).

Dicha caracterización multifactorial puede encontrarse claramente en la sentencia C-741 de 2003, que indica que un grupo marginado puede estar compuesto por personas que por factores económicos, físicos o mentales se encuentran en un Estado de debilidad manifiesta, personas que por su condición les es limitado el ejercicio de sus derecho fundamentales, aquellas que sufren de disminuciones físicas, psíquicas que genera incompreensión de su situación, lo cual conduce a su marginamiento, población en zonas de extrema pobreza, y aquellas que no tienen posibilidad de participar del debate político (Corte Constitucional, sala plena, 28 de agosto 2003, C- 741, M.P Manuel José Cepeda Espinosa).

Autores como Young (1996) identifican concretamente que un grupo está marginado cuando:

Los beneficios derivados de su trabajo o energía van a otras personas sin que éstas les recompensen recíprocamente por ello (explotación); 2) están excluidos de la participación en las principales actividades sociales, lo que en nuestra sociedad significa básicamente un lugar de trabajo (marginación); 3) viven y trabajan bajo la autoridad de otras personas (falta de poder); 4) como grupo están estereotipados y, a la vez, su experiencia y situación resultan invisibles en el conjunto de la sociedad, por lo que tienen poca oportunidad y poca audiencia para expresar su experiencia y perspectiva sobre los sucesos sociales (imperialismo cultural); 5) los miembros del grupo sufren violencia y hostigamiento al azar merced del miedo u odio al grupo (p. 60).

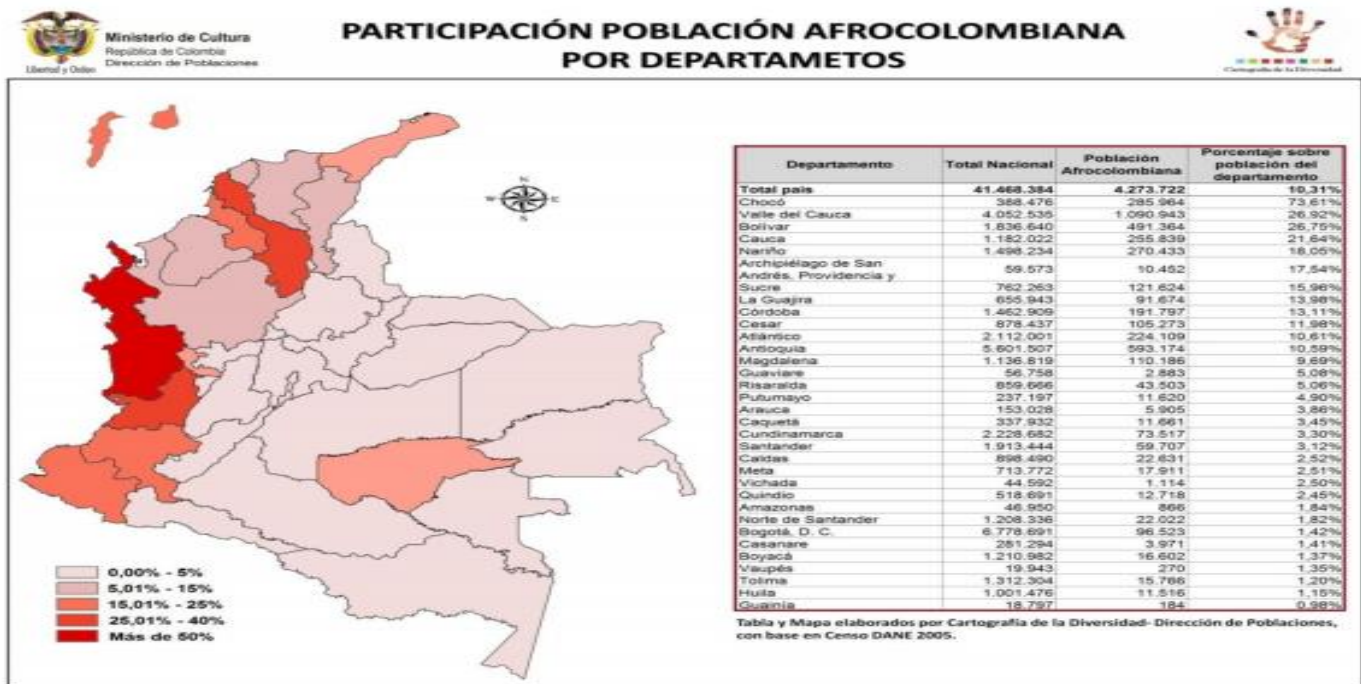
Ahora, aunado a lo anterior si bien es un hecho notorio la situación de marginalidad de los afrodescendientes, por tratarse de un análisis científico, estas afirmaciones serán soportadas en lo posible por estudios o estadísticas que refuercen las afirmaciones aquí planteadas, así de esta manera se logrará un planteamiento claro y concreto del problema jurídico que se busca resolver.

Lo primero que debe mencionarse, con la finalidad de explicar de forma clara porque la comunidad afrodescendiente se encuentra marginada, es acercar de manera sucinta el origen de la historia, y es que los africanos que llegaron “tras ser capturados, desarraigados y raptados, eran miembros de las etnias bantúes, wolofs, mandingas, fulos, ararás, carangas, balanzas biáfanas, monicongos, anzicos, fanti, ashantis, carabalíes, popós, berbesies, biáfaras, y biojós entre otros” (Ministerio de Cultura, p. 8), dichos esclavizados llegaron al Virreinato por el puerto de Cartagena de Indias, en donde fueron comercializados y trasladados como mercancía a la Costa Caribe y otros destinos.

Así el Ministerio de Cultura (s.f) explica que “En la Constitución Política de Colombia de 1991 se reconoció a las comunidades afrocolombianas como pueblo- con un conjunto de derechos colectivos- que forma parte de la diversidad étnica y cultural de la Nación, por primera vez reconocida constitucionalmente” (p. 2). Dos años después con la emisión de la Ley 70 de 1993 se reconocen los derechos colectivos sobre tierras y conocimientos ancestrales, instalando además los mecanismos de consulta previa, libre e informada con comunidades étnicas.

En relación con lo anteriormente descrito, es necesario establecer que casi la mitad de la población afrodescendiente se encuentra radicada en cuatro Departamentos, dejando claro un

primer elemento en relación a las ideas de Velandia (2017) ya que es posible ver de forma preliminar que este grupo si se encuentra radicado en unos puntos en específico, como se puede ver en la siguiente gráfica:



Fuente: Ministerio de Cultura, s.f, p. 4.

Ministerio de Cultura (s.f) *Afrocolombianos, población con huellas de africanía*, República de Colombia.

Ahora bien, las condiciones educativas y económicas que se derivan de esta población concentrada requieren especial atención, ya que “De acuerdo al Censo (2005), el porcentaje de población autoreconocida como negro (a), mulato, afrocolombiano que no sabe leer ni escribir es del 14,26% (609.282 personas), del cual la mayoría son hombres, con un 51,31% (312.595 personas) (Ministerio de Cultura, s.f, p. 5).

Lo anterior es un claro ejemplo de la identificación hecha en la sentencia C-741 de 2003, como segunda gran problemática pudo identificarse que “de la población negra, mulata y afrocolombiana el 14,32 % (612.194 personas) manifestaron haber tenido días de ayuno en la semana anterior al Censo; cifra superior al promedio nacional de población con un reporte del 7,22% (2’995.367 personas)” (Ministerio de Cultura, s.f, p. 5), dato aún más preocupante y viendo el punto de Young (1996) en relación a la imposibilidad de ejercicio de derechos

fundamentales, el Ministerio de Cultura (s.f) entonces reduce este análisis comparativo en la siguiente gráfica:

Figura II, Indicadores comparativos de bienestar de la población afrocolombiana en comparación:

		AfroCib*	No AfroCib
Educación	Analfabetismo	11,7%	7,0%
	Años promedio de educación (hombres)	6,9%	8,1%
	Años promedio de educación (mujeres)	6,4%	8,2%
Pobreza	NBI	53,7%	42,2%
	Pobreza	9,5%	7,4%
Mercado Laboral	Tasa de desempleo	6,3%	3,4%
	Tasa de ocupación	40,4%	44,3%
Desplazamiento	Intensidad del desplazamiento (promedio 2000-2002)	6,3%	3,4%
	Migración por violencia	6,8%	3,7%
Salud	Tasa de mortalidad infantil	23,5%	16,6%

* Afrocolombiano.

Tabla elaborada con base en Censo DANE 2005; Ministerio de Cultura / Universidad de los Andes 2009.

Fuente: Ministerio de Cultura, s.f, p. 5.

Ministerio de Cultura (s.f) *Afrocolombianos, población con huellas de africanía*, República de Colombia.

La institución como tercer elemento identifica el analfabetismo, y encuentra que en las zonas rurales el nivel es del 21%.

Estos elementos al final se manifiestan de forma más clara en la inmersión de la comunidad afrodescendiente en el mercado laboral, requisito que merece especial atención. Para ello es importante tener en cuenta el concepto del trabajo decente, González y Guillen (2009) explican que la OIT en 1999 es quien primero define el concepto, indicando que “aquella ocupación productiva justamente remunerada y ejercida en condiciones de libertad, equidad, seguridad y respeto por la dignidad humana” (p. 318).

Marulanda y Mora (2014) citando Ghai (2003) indican que “el concepto de trabajo decente incluye la existencia de empleos suficientes (posibilidades de trabajar), la remuneración, la seguridad en el trabajo y las condiciones laborales salubres” (p. 319).

Tenjo y Herrera (2009, p. 34) y Bustamante y Arroyo (2008, 51) según Marulanda y Mora (2014) en estudio relativo a la temática “encuentran que la población afrodescendiente tiene una menor probabilidad de adquirir empleos de alta calidad” (p. 323), específicamente Tenjo y Herrera (2009) identifican esta conclusión estudiando factores de brechas salariales entre mujeres y hombres afro descendientes y de demás etnias, así realizando discriminación por ocupación y nivel de calificación, se encuentra que las personas afro descendientes ganan menos que el resto de personas empleadas.

El Ministerio de Cultura (s.f) por su parte señala que “Las deficiencias en los indicadores del mercado laboral demuestran los bajos niveles de inserción de la población afrocolombiana en las actividades formales” (p. 6) y explican que “Según la Encuesta Continua de Hogares para el segundo trimestre de 2004, en promedio las trece áreas metropolitanas reportaron que el 41.3% de los trabajadores unipersonales eran afrocolombianos frente al 26.1% de los no afrocolombianos” (p. 6).

De acuerdo a lo anterior son claros los postulados de los estudios recogidos por Marulanda y Mora (2014, p. 45), sin embargo la entidad evoca un elemento trascendental para el resultado de esta investigación científica, ya que establecen que “el Censo de 2005 registra un fenómeno migratorio de la población, desde los territorios tradicionales hacia las grandes ciudades, en busca de seguridad y mejores oportunidades” (p. 7), comprendiendo que según la UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees) “De acuerdo con el informe del relator especial de la ONU para las comunidades afrodescendientes, se ha reportado una escalada de violencia contra estos grupos humanos en los últimos años” (p. 4) siempre tendiendo a abandonar sus territorios.

Esto es una clara muestra de que dicha comunidad con ocasión a las estadísticas ya enunciadas, requieren salir de un campo de vulneración evidente, ya que tienen porcentual y objetivamente menos oportunidades de estudio y de trabajo, en especial las mujeres.

Recordando a Velandia (2017, p. 19) y su explicación referente a cuándo un grupo se encuentra marginado, de acuerdo a los estudios del Ministerio de Cultura (s.f) y el análisis de estudios de Marulanda y Mora (2014) es posible determinar que esta población definitivamente está apartada de la llamada normalidad social, ya que aparentemente por motivos de raza les es completamente complicado acceder a beneficios propios del Estado Social de Derecho, además se encuentran en municipios que no son los mejores en índices económicos, tienen poca incidencia en materia política, tienen bajos índices en materia de estudio y acceso a colegiatura, y se encuentran en altos índices de trabajo informal o independiente, no configurándose casi ningún elemento del trabajo digno establecido por la OIT en 1999.

Adicionalmente, teniendo en cuenta la sentencia T-724 de 2003, vemos que se cumple el primer elemento para la aplicación de una acción afirmativa, referente a “la concurrencia efectiva

de prácticas discriminatorias” (Corte Constitucional, Sala de Revisión Primera, 20 de agosto de 2003, T- 724, M.P Jaime Arturo Rentería).

Así las cosas, de lo relatado respecto de las acciones afirmativas, en contraste con lo establecido previamente en relación con las reglas generales de libre concurrencia y selección objetiva en la contratación estatal, implica que los criterios objetivos para la selección podrán ser adicionados para el sector objeto de las acciones afirmativas, con el fin de que dicho grupo pueda entrar al proceso de selección por mandato general de la igualdad.

No obstante, refiriéndose a las acciones afirmativas tal como lo manifiestan Aristizábal y Navarro (2012) “aunque existan, son pocas e ineficaces aquellas dadas en la contratación pública”, (p. 59), y es que a pesar de que el estatuto general de la contratación no contempla de manera taxativa y expresa una alusión a las acciones afirmativas, estas encuentran sustento en el caso concreto, en los artículos 13 y 333 constitucionales, manifestándose de forma concreta en las reglas que regulan la libre concurrencia y selección objetiva.

Teniendo en cuenta lo mencionado, las acciones afirmativas se manifiestan dentro de la libre concurrencia y selección objetiva, en la medida que esta última busca materializar la igualdad al entablar criterios objetivos para la selección, teniendo la posibilidad la Administración de incluir elementos de discriminación positiva; y en la misma medida pasa con la libre concurrencia, al poder limitar justificadamente la entrada de proponentes a la luz de materializar alguna discriminación positiva.

Velandia (2017) identifica que “la reglamentación que regula la actividad contractual del Estado, tan sólo se han establecido medidas que favorecen a personas que se encuentran en situación de discapacidad física, dejando de lado otros grupos marginados tan importantes” (p. 20).

De las acciones afirmativas en el caso de la contratación estatal, con base en la doctrina seleccionada en el texto, es viable comprender que es escasa la utilización de estas en Colombia, existiendo muy pocos casos de inclusión concreta de minorías marginadas a través de una discriminación positiva por parte de las entidades públicas, pese a que existe variedad de casos en municipios de Colombia donde se utilizan acciones afirmativas por parte de las entidades administrativas para mejorar la calidad de vida, empleo y educación de grupos marginados, como aquellos explicados por Álvarez (2014, p. 171) o Aristizábal y Navarro (2012, p. 23).

Sin embargo, y haciendo énfasis en lo mencionado, el grueso de estas acciones afirmativas no se da en la contratación estatal, ya que como se mencionó en el capítulo anterior esta herramienta se ve solo como factor de satisfacción de necesidades de la entidad pública, pero no también como herramienta materializadora de derechos fundamentales de minorías marginadas.

El eventual uso de las acciones afirmativas en la contratación estatal se podría plantear como un beneficio en la medida que se utiliza como herramienta directa para forzar a la administración a que en los procesos se establezcan mecanismos de discriminación positiva que funjan como forma de materializar derechos fundamentales, estableciendo requisitos habilitantes y de ponderación, con el fin de zanjar las brechas de desigualdad social, y así materializar finalmente los fines del Estado.

4. Manifestación de la igualdad a través de las acciones afirmativas en el contrato estatal:

Teniendo en cuenta la legislación y la jurisprudencia citada “sentencia C-932 de 2007” que permiten el establecimiento de acciones afirmativas, es posible afirmar que la contratación estatal tiene como finalidad materializar los fines del Estado y servicios públicos, con el propósito de que estos sirvan a la comunidad y generalidad de administrados, por lo que surge el interrogante de ¿cómo puede una comunidad marginada, con acceso limitado al estudio y poder económico, hacerse cargo de un complejo negocio jurídico con la administración? (Corte Constitucional, sala plena, 8 de noviembre de 2007, sentencia C- 932 de 2007, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra).

Es importante mencionar que para esta investigación existen las acciones afirmativas de primer nivel, con el fin de solucionar las contingencias más graves de desigualdad, se propone así el concepto en este texto en medida de que el ideal sería que la comunidad afrodescendiente fuera por naturaleza una comunidad de empresarios, o personas activas como dueños de empresa o accionistas de las mismas, esto con el fin de que económicamente tengan la posibilidad de poder competir con aquellas que generalmente participan en concursos con el Estado.

Aquí entonces se establecerían mecanismos de discriminación positiva para que una empresa con accionistas que pertenezcan a esta comunidad, fueran elegidos como contratistas del Estado, con la finalidad de que ya no solo estén en los márgenes o estándares de pobreza extrema, y demás índices explicados en apartado anterior del texto, sino que además ocupen lugares en el orden económico que no han ocupado.

Serían entonces acciones afirmativas de segundo nivel, siendo las de primer nivel no aquellas que se preocupan de estas casuísticas, sino de precisamente sacar a la comunidad afro de los índices de pobreza y malos índices en materia educativa y laboral, por ser la más pronta de solucionar y la más urgente, será la que se estudiará y explicará en este texto.

Dentro del grupo de las acciones afirmativas de primer nivel, podemos entonces comprender dos clases para efectos de la solución de la pregunta problema, aquellas acciones afirmativas de primer nivel relativas al contrato estatal, y acciones afirmativas de primer nivel sin relación directa con el contrato estatal.

En el primer subgrupo, es decir las acciones afirmativas de primer nivel relativas al contrato administrativo, es pertinente tener en cuenta postulados de autores como Patarroyo y Valencia (s.f, p. 56) quienes evidencian la falta de formas de discriminación positiva en contrato estatal, de igual manera de Martínez (2009, p 104) con el fin de tratar el tema propio de la necesidad de que el contrato estatal no sea solo un mecanismo de satisfacción de necesidades de la administración, sino que tiene que tener un papel mucho más importante y amplio en relación a la protección de los administrados y sus derechos fundamentales,

Dentro del segundo subgrupo, sin relación directa con el contrato Estatal, tenemos autores como Álvarez (2014, p. 45) quien trata específicamente las acciones afirmativas para la inclusión de mujeres afrodescendientes en Colombia y Mosquera y León (2009, p. 23) quienes explican el uso de las acciones afirmativas para la inclusión de menores de edad en mejores condiciones estudiantiles.

Figura III- Clasificación de las acciones afirmativas en términos de la investigación:

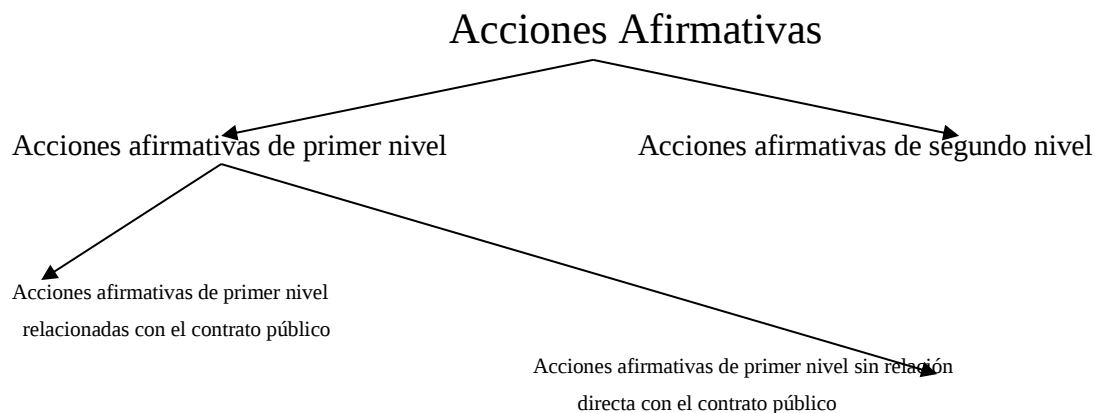


Gráfico elaborado por Colorado (2021) para este texto.

Haciendo énfasis entonces en las acciones afirmativas de primer nivel sin relación directa con el contrato estatal, se mencionan postulados de Álvarez (2014), la doctrinante en primer lugar señala que la primera norma a tener en cuenta es la Ley 21 de 1991 “por la cual se incorpora el convenio 169 de 1987 de la OIT al ordenamiento nacional” (p. 115), la cual señala que las comunidades negras deben gozar de igualdad de condiciones y posibilidades de empleo y dignidad humana. a lo que para esta investigación es el origen de las acciones afirmativas para la comunidad afrodescendiente, ya que interpone y establece que será obligación del Estado, tomar medidas o políticas con la finalidad de que la comunidad en mención goce de los mismos derechos y posibilidades que el resto de la población.

Si bien parece simple dicha emisión, ocupa precisamente la definición de la acción afirmativa, y el presupuesto jurisprudencial para su aplicación, ya que se emite la Ley precisamente por el conocimiento de que esta población en los orígenes de la nación, no ha estado en las mismas condiciones que el resto de la población, factor que fue explicado de mejor forma en sección anterior, dejando claro la doctrinante que esta norma es la fuente jurídica de toda potencial acción afirmativa en el tema en cuestión.

En materia de acción afirmativa de primer nivel para el caso en cuestión, en cuanto a su vertiente que no tiene relación directa con el contrato estatal, se comprenden normas como la Ley 82 de 1993, que promueve la participación de mujeres cabeza de familia en el sector privado, para que tengan acceso a vivienda y seguridad social, también está la Ley 823 de 2003

que promueve políticas públicas que eviten que a la mujer se le pague menos que al hombre, participación de la mujer en sectores que clásicamente han sido ocupados por hombres.

Una de las normas que, tal vez establecen de forma más precisa es la Ley 1257 de 2008, la cual indica una reducción considerable de impuestos para empresas que incluyan a mujeres afrodescendientes, o de otras etnias que hayan sido víctimas de la violencia, así como beneficios para empresas que contraten personas pertenecientes a esta minoría en trabajos que clásicamente no ocupan las mujeres.

Menciona Álvarez (2014, p. 171) ya a nivel Municipal, hay emisiones que materializan de forma más precisa los mandatos de las normas anteriormente mencionadas, habla por ejemplo del Acuerdo Municipal número 33 de 2005, el cual establece beneficios en financiación de proyectos emprendidos por mujeres afrodescendientes y generación de mecanismos para que la mujer acceda más fácilmente al trabajo formal.

Un factor crítico que se menciona por parte de la doctrinante, y el cual comparte la autora de este texto, es que sí existen varias normas que regulan la protección de la comunidad afrodescendiente, pero explica Álvarez (2014, p. 128) que se inclinan a la protección de factores étnicos y culturales, pero no tanto en la inclusión en el mercado laboral formal ya a nivel específico, así mismo menciona la doctrinante que a pesar de los esfuerzos por regular la temática, las emisiones de entidades públicas, siguen quedándose cortas para regular las verdaderas problemáticas.

Así las cosas, y en coordinación con Álvarez (2014, p. 128), las normas generales que regulan la materia son demasiado genéricas en las protecciones, como generalmente lo son este tipo de normas, las cuales tienen el enfoque correcto, en especial la Ley 70 de 1993, pero no solo en el territorio estudiado por Álvarez (2014, p. 128) “Medellín”, sino en el resto del territorio, las emisiones a nivel Departamental y Municipal son pobres en la regulación específica de los mandatos generales de la Ley, habiendo todavía varios aspectos que aún deben regularse.

Al respecto resulta conveniente comprender el postulado de Begne (2011) donde se explica que “Fue decisivo descubrir que no basta con declarar la igualdad de trato, cuando en la realidad no existe la igualdad de oportunidades” (p. 14), esto en el caso concreto de la investigación se traduce que es necesario comprender que no es suficiente la igualdad ante la Ley, la cual en

los sistemas liberales actuales existe sin duda alguna, lo que sucede, es que en el caso objeto de la investigación, que lo que se necesita es igualdad mediante la Ley, esto se logra entonces con políticas públicas que materialicen de forma directa y clara con acciones afirmativas, que permitan de forma concreta solucionar la problemática.

Mosquera y León (2009, p. 362) citando a Manuel Portocarrero, funcionario de la Gobernación de Pereira, hablan de otra medida de acción afirmativa, consistente en la inclusión fuerte y activa de la comunidad afrodescendiente en la escolaridad, esta medida en el ámbito universitario es bastante utilizada, tanto en el sector privado como público brindando alivios económicos y descuentos en matrículas a estudiantes que hagan parte de minorías, esto con la finalidad de usar la igualdad material para combatir una histórica desigualdad.

Por otro lado, es importante hacer mención del postulado de Marulanda y Valencia (s.f, p. 3) en relación a las acciones afirmativas de primer nivel, pero que si tienen relación directa con la contratación estatal, y en específico respecto de esta clase de minorías, explicando y afirmando que en materia de contratos administrativos, este tipo de medidas son sumamente escasas en la casuística, siendo una figura jurídica completamente pendiente de desarrollar¹.

Allí hace la pregunta si será posible incluir en los pliegos de condiciones, factores donde la contratación con comunidades marginadas resulte favorable para la entidad, entendiendo como se dijo en líneas anteriores, que según lo preceptuado en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, numeral 2 el cual fue modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011, la oferta más favorable será aquella donde se parte de tener en cuenta factores técnicos y económicos.

Ahora bien, en cuanto a las acciones afirmativas referentes a las mujeres, se explica que “la aplicación de acciones afirmativas hacia el género femenino tiene muchas similitudes con la ley de paridad de género de España, ya que en Colombia la inclusión se da con la ley 581 del 2000” (Marulanda y Valencia s.f, p. 7), esto específicamente en cuanto al artículo cuarto, donde se explica que en entidades decisorias en el poder público debe haber por lo menos un 30% de

¹ Dentro de las acciones afirmativas en la contratación estatal se encuentra el caso de los recicladores de la ciudad de Bogotá frente a algunas empresas, así lo indica Marulanda y Valencia (s.f) al afirmar que “Son reconocidos como un grupo socialmente discriminado por su labor, por lo que en el acto N° 001 de 2002 expedido en Bogotá, se estableció que las empresas deben tener entre su nómina un 15% de personas pertenecientes a este gremio, para poder ser oferentes en los medios de contratación” (p. 6).

mujeres, ahora si bien en este caso se trata de contratación de personal, obedece a una clase de acciones afirmativas que son útiles para reseñar cuántas de estas han estado inmersas en el ámbito público en Colombia.

De otro lado, se debe tener presente que las personas en condición de discapacidad hacen parte del grupo de personas en estado de marginación evidente y por dicha razón según los autores “se ha tratado de incluir mediante una discriminación inversa en la contratación estatal, pero siendo las de mayor relevancia aquellas establecidas la Ley 361 de 1997” (Marulanda y Valencia, s.f, p 8).

En este caso, como discriminación positiva se estableció una preferencia en los procesos de selección de la contratación estatal al proponente que tenga dentro de su personal un 10% de personas que tengan discapacidad física o mental, pero señalan Marulanda y Valencia (s.f, p. 232) que en cuanto a lo más reciente se estableció un porcentaje adicional del 1% a los que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto Ley 392 del 2018, por ejemplo.

En este punto es importante traer a colación lo dispuesto en el salvamento de voto del magistrado Monroy Cabra en la sentencia C-932 de 2007, donde invita a que incluyan por parte de las entidades públicas, criterios para elección del contratista que vayan mucho más allá del poderío económico del candidato, estableciendo factores de inclusión social que definitivamente contemplen aspectos de reparo de comunidades que históricamente se encuentran en indefensión, creando formas de discriminación inversa. (Corte Constitucional, sala plena, 8 de noviembre de 2007, sentencia C- 932 de 2007, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra).

En este orden de ideas, es preciso enmarcar las acciones afirmativas en favor de la población afrodescendiente en la medida que, la contratación estatal no puede ser un privilegio para un solo grupo económico, creando imposibilidad de grupos menos favorecidos de adquirir experiencia con el Estado en materia de contratación pública, esto es importante ya que se utiliza el negocio con el Estado como materializado de derechos fundamentales, y como mecanismo de inclusión de minorías, ésta precisamente es la forma de acción positivas de primer nivel relacionadas con el ámbito del contrato estatal que pueden solucionar en gran medida muchas de las problemáticas.

Gimeno (2013, p. 95) junto con postulados de Martínez (2009, p. 56) explican de forma clara, que el contrato público no puede ocuparse exclusivamente de la satisfacción económica de las entidades públicas, es decir como mecanismo solucionador de las necesidades del Estado, sino que debe fungir como forma creadora de políticas públicas, teniendo en cuenta que el contrato estatal es potencialmente una excelente herramienta de materialización de políticas de inclusión de minorías; ésta por supuesto es una forma novedosa en Colombia, ya que la jurisprudencia que analiza la acción afirmativa es poca, y adicionalmente la manera específica de usar el contrato estatal para incluir a las minorías marginas en la normalidad económica social, son también pocos en la práctica.

Lo anterior en términos de la sentencia C-932 de 2007 no quiere decir otra cosa, sino, que la contratación misma es una forma de materialización de igualdad y de derechos fundamentales, y que debe superar su estadio de simple forma de satisfacción de necesidades de la entidad administrativa, resulta entonces importante recordar postulados de Bejarano (2009, p. 45) donde explica el origen del actual sistema de contratación pública desde que estaba a manos del derecho privado hasta la norma del 1993 y 2007. (Corte Constitucional, sala plena, 8 de noviembre de 2007, sentencia C- 932 de 2007, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra).

Allí se explica que las reglas de la selección objetiva y libre concurrencia en la categoría de mandatos de optimización se categorizan de esa forma jerárquica con el único fin de combatir la corrupción en la destinación de recursos públicos para celebrar negocios con el Estado, por ello el procedimiento de contratación administrativa cada día se vuelve más reglado y restringido, sin embargo lo que se ha podido ver estadísticamente con ciertos grupos marginados es que dicha rigidez del contrato público se ha convertido en forma de discriminación a personas que históricamente han sido apartadas de la normalidad social.

Tratándose de los principios de libre concurrencia y selección objetiva, a nivel específico respecto de la temática del contrato público, la transformación desde el ámbito material y práctico se da en el cambio de concepción de estas dos figuras, es decir que en un sistema de contrato público clásico, la libre concurrencia no es otra cosa, sino el cumplimiento de unos mínimos habilitantes que certifiquen que determinado candidato va a cumplir con unos mínimos

organizacionales, financieros y jurídicos, con la finalidad de confirmar si el candidato cumple las suficientes condiciones para participar.

En el caso de la selección objetiva el hecho de que una vez entrados en concurso los participantes, dentro de estos según la naturaleza del objeto contractual se preferirá y elegirá a uno de los candidatos cuya oferta sea más favorable para la entidad, utilizando un medio de selección objetiva que sea correcto respecto del específico caso, y no seleccionando al candidato por motivos personales o subjetivos.

Ahora lo que se buscará en este apartado, utilizando todas las categorías utilizadas en este texto, es hablar de formas concretas de materialización de derechos fundamentales por el contrato estatal, con la finalidad de verificar como puede cambiar o variar el concepto de libre concurrencia y selección objetiva a través de ciertas figuras, y así poder responder a la pregunta problema de esta investigación.

Para el caso Europeo autores como Bernete (2013, p. 85) explican que el contrato administrativo se basa en elementos objetivos, constituidos en aspectos económicos, técnicos y de precios, la aplicación de principios y adicionalmente unos principios aún más importantes de carácter social y ético, por ello este primer elemento es importante, ya que en dichos sistemas, el factor social del negocio con la entidad pública, no es subsidiario sino que tiene carácter completamente de primer nivel o principal.

Interesante resulta el breve análisis histórico ejecutado por el precitado autor, ya que señala que en el siglo XIX los únicos elementos relevantes era el precio y subasta, en el siglo XX se adhiere al proceso otros elementos, y en la actualidad los criterios sociales hacen parte estructural de la decisión, en el caso europeo, si se contrasta con el caso colombiano es claro que nos quedamos en el siglo pasado, identificando que en estos sistemas la libre concurrencia y la selección objetiva no va entonces solo en aspectos técnicos – económicos, sino que contiene temáticas de naturaleza social y ética.

Cuando se contrasta desde esta perspectiva de selección objetiva y libre concurrencia según la posición mayoritaria de la C-932 de 2007 vs el sistema de las “contrataciones públicas socialmente responsables” resulta complicado no considerar que la jurisprudencia se queda corta, y que el salvamento del magistrado Monroy Cabra estuvo acertado, teniendo en cuenta que, de

acuerdo a las tendencias neo constitucionalistas del derecho de los contratos del Estado, que estos elementos no sean estructurales es una manifestación no actualizada del contrato estatal².(Corte Constitucional, sala plena, 8 de noviembre de 2007, sentencia C- 932 de 2007, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra).

Es importante para esta investigación tener claro el concepto de cláusulas sociales, autores como Bertene (2013, p. 85) quien trata el tema de las cláusulas sociales, como la forma de que en el contrato y pliego de condiciones, se interpongan limitaciones justas a la libre concurrencia, ya que si el negocio no funge como materializador de inclusión o derechos fundamentales de marginados, no podrá llevarse a cabo, señalando además postulados de Larrazabal (2014, p. 141) en relación a como volver el contrato estatal, un mecanismo con fines sociales, y es que no puede resumirse la elección más ventajosa para la administración, a los términos descritos en el numeral 2 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, es decir teniendo en cuenta factores técnicos y económicos, dejando de lado factores con contenido social, sobre el particular Begne (2011, p. 14) habla de la responsabilidad social en contexto del contrato estatal, Gimeno (2013, p. 95) re afirma que el contrato estatal no puede constituir sencillamente una forma de satisfacción de necesidades económicas por parte de la administración.

El uso del negocio administrativo con fines sociales y de inclusión de personas en estado de inequidad, y por ende como solucionador de problemáticas socio económicas, en este caso del pueblo afrodescendiente, comprendiendo que hay doctrina que no se enfoca en estos aspectos, sino sencillamente en la forma clásica de comprensión del contrato estatal como herramienta de

² Lopez (2017, p. 50) indica respecto de la relación entre el neo constitucionalismo en cuanto a las acciones afirmativas, indicando que esta se relaciona con una fuerte judicialización de la democracia, comprendiendo que es un claro estímulo a la participación y la discusión democrática, factor que en apariencia constituye una limitación al debate y la deliberación social y política sobre asuntos de interés, pero, articular democracia deliberativa y democracia judicializada no resulta contradictorio por cuanto la defensa de derechos fundamentales de individuos y grupos o sujetos colectivos acorde con principios de justicia, esto interponiendo políticas de discriminación inversa.

satisfacción de necesidades económicas de las entidades, tendencia que en este trabajo se buscar superar.

Tenemos entonces que entrar a estudiar la categoría de la contratación pública socialmente responsable, que dista con el contenido de la contratación pública clásica como en el caso de Colombia, por ello se trae a colación la definición de la Comisión Europea (2010, p.13), esta indica que refiere a los procesos de contratación, que aparte de solucionar o subsanar la necesidad económica de la entidad, tiene como propósito temas como la generación de empleo digno, aumento en derechos sociales y laborales, diseño de accesibilidad de derechos para todos, respetando entonces principios de mayor categoría, refiriéndose a los constitucionales por supuesto, es decir, el contrato estatal que no solo soluciona la necesidad económica de la entidad, sino de manera simultánea y concurrente dar solución a problemáticas sociales urgentes.

Burzaco (2016, p. 288) respecto de lo anteriormente explicado señala que los tres principales objetivos de la contratación socialmente responsable son temas como mejorar las condiciones laborales de minorías marginadas, políticas de género, y apoyo a comunidades excluidas de la normalidad, esto porque si el contrato estatal no funge como materializador de derechos fundamentales, no está cumpliendo en realidad con su finalidad en un Estado Social de Derecho, sistemas que como se dijo anteriormente la estructura social no es subsidiaria, sino principal.

Es decir que la legislación europea ya no habla de discriminación positiva o acciones afirmativas, toda vez que el tema está relacionado a que la elección del contratista debe contener el elemento social, así se selecciona esta figura ya que como bien se explicó con Álvarez (2014, p. 171) la cláusula de discriminación positiva debe enfocarse a empoderar a la comunidad afrodescendiente en el sector laboral formal, primer paso para el crecimiento económico de una sociedad.

Otros autores como Rodríguez y Retortillo (2014, p. 486) en cuanto a lo anterior, explican respecto del concepto de contratación pública responsable que tiene varios aspectos a analizar, comprendiendo también el concepto de cláusulas sociales, estas implican según los autores una forma en la contratación con el Estado de colaboración y solidaridad para mejorar cuestiones de empleo y calidad de vida, comercio justo y políticas medioambientales, promoviendo la eliminación de conductas discriminatorias, resulta entonces posible determinar la unificación de

ambos conceptos, identificando también que la inclusión de minorías es estructural al modelo del contrato social responsable basado en cláusulas sociales.

Ahora bien, respecto de puntos y ejemplos específicos de cláusulas sociales, ya teniendo claro el concepto global, pueden traerse a colación autores como Larrazabal (2014) respecto del iter contractual y las cláusulas sociales a nivel específico, establece que “El procedimiento de contratación pública se compone de diferentes fases: la definición del objeto del contrato, la preparación de los expedientes, los procedimientos y formas de adjudicación, la formalización y adjudicación del contrato y su ejecución” (p. 141), exactamente igual que en el caso colombiano, pero con profundas diferencias en el contenido social por supuesto.

El primero de estos entonces es la definición del objeto contractual, fase esencial para iniciar la inclusión de perspectivas sociales, Larrazabal (2014) establece que “para poder introducir aspectos sociales entre los criterios de adjudicación, éstos han de estar vinculados con el objeto del contrato” (p. 141), concretamente se manifiesta en el caso europeo, la adjudicación siempre tendrá que contener relación profunda con los aspectos sociales de dicho objeto, esto implica que no puede establecerse un objeto contractual, , sin que se considere de qué forma ese objeto va a contribuir con los principios y valores ya mencionados, pero más que nada, como va a buscar materializar derechos fundamentales.

El análisis de esta primera fase, indica por ejemplo que en el anteproyecto de LCSP 2015 explica como decidir qué construir en cuanto al producto o servicio que más concuerde con los objetivos sociales del adjudicador del contrato, es decir el nacimiento del contrato tiene presente a priori el factor social.

Esto para explicar que la primera fase del iter, entonces ya delimita la forma en que la entidad pública interpone uno u otro objeto del contrato, explicando que el contrato social responsable, en su origen ya tiene la potencialidad de manifestar una discriminación positiva.

En siguientes fases a la definición del objeto, autores como Guerrero (s.f) señalan que en la normativa europea existen “cláusulas obligatorias, condiciones especiales de ejecución, criterios de adjudicación, y criterios de solvencia” (p. 14), así en el caso español se habla de la preparación del expediente, lo que en Colombia referirá a la preparación de los pliegos de condiciones, aquí la materialización de lo que para esta investigación son las acciones

afirmativas es contundente, ya que la inclusión de minorías o comunidades marginadas casi que se establece como requisito habilitante.

Larrazabal (2014, p. 142) concretamente respecto de esta segunda fase, siendo la primera la determinación del objeto, en asunto relativo a la Directiva 2014/24/UE, donde se explica ya en términos de la concurrencia, que, si un proponente de plano no cumple con factores de inclusión o haya incumplido obligaciones aplicables en materia social o laboral, es posible prohibir su entrada al proceso, y por lo tanto no pueda hacer parte como proponente.

Esto quiere decir que, en el procedimiento de selección de proponentes, se entrará a verificar dentro de su personal cuantas personas pertenecientes a comunidades marginadas hacen parte de la nómina del licitador, y dicho factor será no solo elemento estructural de la concurrencia al concurso, sino que será parte de los elementos de ponderación, evaluando que tan socialmente responsable es el pretendido contratista, perfecta forma de discriminación positiva en términos de Álvarez (2014).

Reviste tal importancia que en España se han fallado casos donde se confirma la negación de la entrada de un candidato no comprometido con el aspecto social, Morcillo (2016, p. 203), esto quiere decir que no solo la creación del objeto contractual, sino también en la preparación del expediente y en análisis de la libre concurrencia está totalmente restringida a condicionantes de cumplimiento de requisitos sociales, es decir que es evidente verificar que esta regla en materia de contratación estatal, está sometida a acciones afirmativas constantes, respecto de la selección objetiva, igual que en la normativa colombiana viene la adjudicación del contrato.

Se explica que en el caso español según Larrazabal (2014, p. 144) en la Directiva 2014/24/UE, es posible analizar la preponderancia para selección del candidato en términos económicos y técnicos, por supuesto, pero adicionalmente teniendo en cuenta criterios como la inmersión en la nómina de población marginada, margen de sueldos, y aspectos relacionados con contribuciones medioambientales, dejando claro que en un contrato social responsable, no solo es importante el criterio de satisfacción de la necesidad económica de la entidad, sino que tanto funciona el proponente como materializador de derechos fundamentales, así como que tanto contribuye para sacar a ciertas poblaciones de la situación de anormalidad económico – social.

En coordinación con la anterior descripción, puede considerarse que el factor social tiene verdadera incidencia en el criterio del elector, en el caso de Colombia existe la figura de los factores de desempate, factores donde el elemento social solo se puede ver si persiste el empate y debe seleccionarse a una Mipyme según el Decreto 1510 de 2013 compilado en el Decreto 1082 de 2015, o los ahora estatuidos en el título tercero, artículo 35 de la ley 2069 de 2020, no pudiendo analizarse de forma fuerte que un criterio social es elemento de ponderación, ni tampoco elemento concreto de habilitación.

En cuanto al clausulado específico materializador de acciones afirmativas, Bernete (2013, p. 87) explica en derecho europeo que aquellas fórmulas que la legislación habilita para limitar la admisión de licitadores a determinadas empresas implica aplicar esta Disposición Adicional sobre contratos en reserva o “reservados”, lo que implica limitaciones a la libre concurrencia en teoría, esto puede comprenderse como factor que violenta la igualdad, pero explica Bernete (2013) que estas limitaciones tienen la finalidad y legitimidad en términos de inclusión, esto según el autor es una forma de acción afirmativa, el autor considera que “la implantación de cláusulas sociales, y especialmente la de reservas de mercados a determinadas empresas sociales supone la idea de la discriminación positiva” (p. 88).

No solo es determinante que la libre concurrencia tiene aspectos sociales fundamentales, que hasta puede hablarse en términos de requisitos habilitantes, sino también según la Directiva 2014/24/UE la elección del contratista, está sometida a criterios sociales, y esto depende de qué tan socialmente responsable es, no siendo un mero criterio de desempate, sino que es estructural al momento de la selección.

Si se trae a colación la sentencia T-724 de 2003 para el caso colombiano y los elementos que en esta se evocan, homogéneos a los indicados en la C-932 de 2007, puede identificarse que las acciones afirmativas son de naturaleza temporal, razonables y proporcionales, por ello concretamente recordando lo indicado por Larrazabal (2014, p. 141), Bernete (2013, p. 87) explica que las cláusulas sociales que tengan intervención específica en los criterios de ponderación existen, pero deben tener características con el fin de no contrariar norma imperativa y ser susceptibles de impugnación o nulidad absoluta (Corte Constitucional, sala plena, 8 de noviembre de 2007, sentencia C- 932 de 2007, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra,

Corte Constitucional, Sala de Revisión Primera, 20 de agosto de 2003, T- 724, M.P Jaime Arturo Rentería).

También en el caso europeo se trae a colación la Disposición Adicional 4ª. RDL 3 de 2011, bajo esta es posible preferir a ciertas empresas concursantes de lograr negocios con el Estado, Bernete (2013, p. 88) da ejemplos y menciona a las Empresas que tengan en su nómina un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, o Empresas de inserción, adicionalmente con un 30 % de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a personas a grupos marginados.

Adicionalmente menciona que esta en específico se inclina por desempate, indicando que usualmente no pasa en la práctica, igual que en el caso colombiano, explicando que se utilizan con el fin de concientizar socialmente a las partes inmersas en el contrato estatal.

Por otro lado existe una figura denominada condición especial de ejecución del contrato, la cual se encuentra en el artículo 118 de la RDL 3 del 2011, Bernete (2013, p. 88) afirma que esta especie de condiciones, toman consideraciones de naturaleza ambiental o de clase social, con el fin de promover el empleo de minorías marginadas, y por ende eliminar desigualdades, dicha obligatoriedad implica así mismo que su incumplimiento deriva en la rescisión del contrato, esta entonces es responsabilidad de las entidades de derecho público, anticipando en el pliego de condiciones que esta medida de discriminación positiva de no ser cumplida o aceptada, implica la imposibilidad de celebrar el negocio jurídico.

Es posible determinar las diferencias entre nuestro sistema jurídico y el caso europeo, si bien la jurisprudencia identificada en el caso de Colombia muestra que no están prohibidas las acciones afirmativas, es probable ver que el factor de cláusulas sociales, y su incidencia en la valoración es un tema aún poco desarrollado, sin analizar la incidencia de la corrupción en el caso español, es factible determinar que en nuestro país la contratación estatal aún no supera completamente ese propósito.

Por otro lado, es necesario comprender que la utilización de las acciones afirmativas necesitan tener el juicio de proporcionalidad, según Galán y Luna (2000) con esta se busca “una relación entre los medios utilizados y los fines pretendidos con una norma o medida administrativa” (p. 298).

En materia de derecho constitucional esta es una herramienta utilizada para que un juez determine la racionalidad y razonabilidad de una medida, pero comprendiendo que las acciones afirmativas para esta investigación no implican una reforma legal como tal, la proporcionalidad de todas formas compone lo mismo, es decir, el análisis de la relación entre las medidas utilizadas “formas de discriminación positiva” y el fin perseguido “sacar a la comunidad marginada de ese estado”.

Para el caso de Estados Unidos, si se añade e incluye el sentido teleológico de las acciones afirmativas, nación donde encuentra fuerte origen, es posible comprender que en la tesis europea se materializan los postulados de Garrison-Wade y Lewis (2004, p. 23), en relación a que la utilización de las acciones afirmativas no tienen otra finalidad que brindar oportunidades a las minorías, para el caso Colombiano en el evento de utilizar la forma de cláusulas sociales como mecanismo concreto de la discriminación positiva, entonces se verían utilizados los postulados de Crosby, Iyer y Sincharoen (2006, p. 587), ya que la entidad u organización está moviendo recursos para que no se vea discriminado ningún administrado por motivos de raza.

Lo anterior haciendo utilización de los postulados que tratan la acción afirmativa en contraste con la igualdad de oportunidades, donde se señala que la primera es “proactiva” y la segunda busca asegurar que una vez detectada la discriminación esta no se tolere, en el caso concreto si se usara el contrato estatal de esta forma, sin duda habría una actuación estatal que causaría la forzada incorporación de minorías en procesos contractuales, y no en la forma general de la igualdad formal usada en la actualidad, la cual en realidad no está teniendo efectos concretos ni visibles, y por supuesto es esencial si se contrasta el sistema norte americano, el colombiano y el europeo en los efectos del incumplimiento de la acción afirmativa.

Y es que según Holzer y Neumark (2005, p. 2) en Norte América la inobservancia de la acción afirmativa si bien está reglada, no tiene en realidad consecuencias fuertes a nivel jurídico, así como sucede en Colombia en la mayoría de casos, diferente al caso español donde la inobservancia de la acción afirmativa en materia de negocios con el Estado causa la limitación de la concurrencia de un proponente a un concurso, o incluso la preferencia de uno sobre el otro, por lo que se entiende que es mucho más fuerte en este tipo de sistema.

Según esta investigación entonces, las acciones afirmativas para con la comunidad afrodescendiente resulta la mejor forma de eliminar a esta minoría de la categoría de ser marginados, específicamente a través de la utilización de políticas que beneficien a proponentes que tengan a personas de esta comunidad dentro de sus nóminas, estableciendo dichos criterios como factores limitadores de la libre concurrencia en caso de no cumplirse, y estableciendo como un verdadero criterio de ponderación el hecho de que un proponente busque la inclusión de la minoría al ser parte de un negocio jurídico con el Estado.

Un grupo en esta categoría según la doctrina tiene unas características especialísimas, por ello se habla en esta investigación de acciones afirmativas de primer nivel, con el fin de sacar a este grupo del estado de inequidad, principalmente incentivando el empleo por medio de la discriminación positiva, para posteriormente cuando hagan parte de la normalidad en el mayor grado, se utilicen acciones afirmativas para empresas cuyos dueños y accionistas sean personas afrodescendientes .

Factor poco común o casi nulo en Colombia, haciendo que estas gocen de discriminación positiva siendo proponentes como tal y formando parte de la normalidad económica y política, principal característica de la marginación social en términos de Young (1996, p. 60), es así que como aparte y sección final de este capítulo, se plantea frente a la situación del grupo social sujeto a análisis, que las figuras de la selección objetiva y la libre concurrencia, pueden tener una versión con mucho mas contenido adicional respecto de cómo se da en la actualidad.

Clásicamente la selección objetiva no es otra cosa que un mandado de optimización que obliga al servidor público a elegir al mejor contratista bajo criterios objetivos, que se relaciona y basa en la forma y naturaleza del contrato, así cuando se hablan de contratos de bienes y servicios de características técnicas uniformes el factor primordial será el precio, y en aquellos donde se trate de concurso de méritos, la experiencia será lo fundamental.

En cuanto a la libre concurrencia, se analizan concretamente aspectos en los cuales se determine que por supuesto el candidato cumpla con los mínimos económicos, de capacidad, experiencia, y organizacionales, es decir un simple y primer filtro en el cual se identificará no solo que no se cuenta con inhabilidades e incompatibilidades, sino que tiene que cumplir con unos mínimos con los cuales se podrá satisfacer la necesidad de la entidad, esta como se ha

mencionado a lo largo de este texto, refiere a la clásica forma del contrato estatal, pero los sistemas constitucionales actuales, los cuales dan contundente primacía a los derechos fundamentales, formas de neo constitucionalismo, en sistemas como el foráneo al que se hace mención herramientas como los contratos con el Estado van muchísimo más allá de la definición anterior.

Es así que se comprende a los principios con el contenido añadido de las cláusulas sociales, en las cuales en la libre concurrencia se determina como requisito habilitante, que tanto contenido o finalidad social podrá tener un candidato, e identificar que tan inclusiva es la propuesta de dicho proponente, para tener dicho contenido social como criterio dentro de una selección objetiva; esto para las comunidades afro descendientes es esencial en su condición actual en Colombia, ya que perfectamente puede usarse el sistema de contrato estatal en coordinación con la Constitución, para que se extienda o añada este tipo de factores al contrato administrativo.

Ahora lo que se busca evidenciar y probar con la doctrina foránea contrastada con el caso colombiano, y con el análisis del origen de la figura, es precisamente que en Colombia hay unas reglas específicas en la contratación estatal, que principalmente buscan en relación en la libre concurrencia y selección objetiva, verificar el cumplimiento mínimo de requisitos habilitantes de carácter técnico y económico, para verificar quien tiene la posibilidad de participar o no en el proceso, y en cuanto a la selección objetiva la selección de la mejor opción en conveniencia objetiva para la entidad, esto en relación con la naturaleza del objeto contractual.

Por otro lado sí existen ciertas acciones afirmativas en materia de contratación estatal, pero muy pocas en general, casi que pudiendo afirmar que en el caso de la comunidad étnica en cuestión, no existen políticas de discriminación positiva como tal, por ello en el debate jurisprudencial se puede verificar que si se puede dar acciones afirmativas por motivo de políticas de las entidades públicas, el problema es que no existen, por ello y para comprender como el contrato administrativo especialmente puede solucionar gran parte de la problemática de primer nivel de la comunidad afro, es viable identificar tres puntos.

En primer lugar que el contenido social y de motivación de inclusión sí puede constituirse como estructural y no subsidiario del sistema, en segundo lugar que dichas formas se dan antes

(con la definición del objeto) durante (con la identificación de limitación de la libre concurrencia por no cumplimiento de formas de inclusión de la empresa proponente), y después (con la consideración de factores de comportamientos inclusivos y de protección de minorías marginadas a la hora de considerar al candidato ganador), y en tercer lugar que de acuerdo a la jurisprudencia anteriormente mencionada y al salvamento de voto de Monroy Cabra, no es necesaria una modificación legal para poder tomar esta postura.

Así entonces si se comprende que el sistema de principios del contrato estatal, debe ocuparse no solo de las formas clásicas, sino también debe fungir como un materializador de derechos fundamentales, en el caso en Colombia entonces, es posible identificar que el objeto del contrato contenga un propósito no solo de satisfacción de una necesidad económica de la entidad, sino que adicionalmente busque a priori minimizar y zanjar desigualdades, adicionalmente podrá limitarse la entrada a una empresa que no muestra gestos de constitución con políticas sociales, o que no contenga determinadas características que permitan ver que esa empresa constituye a un fin social específico, y en tercer lugar que un criterio de ponderación de los candidatos ya incorporados a la licitación o proceso, sea que tan responsables socialmente son.

5. Conclusiones:

Como conclusiones del presente artículo de investigación pueden identificarse varios puntos, en primer lugar puede establecerse objetivamente que la comunidad afrodescendiente padece las consecuencias de ser apartada de las condiciones de normalidad respecto a otras etnias, con bajos estándares de estudio y trabajo; situación que no es contrarrestada por la contratación estatal, en el entendido que no existen numerosos casos donde se dé aplicación a mecanismos de discriminación positiva, que sería una de las herramientas para compensar dicha situación, sobre todo si se tiene en cuenta que cuando se estudia la jurisprudencia en relación con las acciones afirmativas, es posible determinar que su primer elemento es la existencia de un grupo marginado, con la finalidad de que se puedan aplicar formas de discriminación que sean de carácter temporal y que gocen de razonabilidad y proporcionalidad.

En segundo lugar puede concluirse que las figuras de la libre concurrencia y selección objetiva, son instituciones del derecho público con escaso contenido materializador de derechos fundamentales, el funcionamiento de las mismas implica el análisis de cuestiones meramente técnicas y económicas, ya que la libre concurrencia implica el acceso de todos a participar o hacerse cargo de un negocio con el Estado, y la selección objetiva implica la selección del candidato en términos de conveniencia para la entidad, confirmando que la contratación estatal, por lo menos en relación a estos dos mandatos de optimización, contemplan la perspectiva social, como un factor secundario y de forma de desempate, dejando de lado el contenido adicional de estas dos figuras cuando se entiende el contrato estatal como materializador de Derechos Fundamentales.

Ahora bien, respecto de la doctrina norteamericana, como aquella que da importantes orígenes a la figura de las acciones afirmativas, se puede determinar que ésta tiene fuertes aplicaciones dentro del campo educativo, integración a la vida política y participación en actividades públicas, dentro de las cuales se encuentra el contrato estatal, pero pudiendo identificar que los efectos de la inobservancia de dichas políticas de discriminación positiva en realidad no tienen fuertes efectos a nivel jurídico, como ocurre en Colombia. Diferente al caso europeo donde por la directa inmersión de figuras como la cláusula social, donde es viable justificar los límites de la libre concurrencia con la preferencia de un candidato en atención a los criterios de discriminación positiva establecidos.

Por ello en una definición doctrinal en dirección con la acción afirmativa y decantando todo aquello establecido en esta investigación, podría considerarse que la libre concurrencia debe ser aquel principio de la contratación estatal derivado del principio de igualdad, que implica que cualquier candidato que cumpla con la referida capacidad jurídica, la experiencia del proponente, la capacidad financiera y la capacidad organizacional deberá ser aceptado como proponente u oferente, sin embargo dentro de las limitaciones relativas a la entrada de candidatos en relación a la cuantía y naturaleza del contrato también existirán limitaciones propias a la verificación de integración de minorías o grupos marginados no solo contemplándolo como factor de desempate.

En cuanto a la selección objetiva, es necesario no solo comprenderla en los términos clásicos del estatuto de contratación y reglas concordantes, estos según la doctrina implican en primer

lugar la utilización de los medios de selección de acuerdo a la naturaleza y cuantía, es decir que en aquellos contratos relativos a bienes de características uniformes el elemento preponderante será el precio, en otro tipo de contratos puede ser una combinación entre precio y experiencia del contratista, y en materia de prestación de servicios y lo derivado de concursos de méritos, la experiencia será el factor preponderante, de acuerdo a criterios objetivos entonces la entidad pública manifestará un sistema de puntaje, y con base en ello elegirá al mejor y al más benéfico para ella. Significa entonces que en la mayoría de pliegos de condiciones y procesos de selección es claro que priman en la generalidad la parte técnica y económica; en una perspectiva mucho más acorde a la perspectiva social y acciones afirmativas, dicha valoración no contempla factores sociales solamente como elementos de desempate, sino que va mucho más allá.

Esta perspectiva de la libre concurrencia y selección objetiva utilizan el concepto de discriminación positiva, tema que completamente avalado por la Ley y señalado por la jurisprudencia no implican un cambio en la normativa, sino un cambio en la conducta de las entidades de derecho público que ejecutan contratos, buscando con la ejecución de los negocios jurídicos, no solo la satisfacción de su necesidad particular, sino observando al contrato estatal como la mejor forma de integrar a grupos marginados, las comunidades afrodescendientes, como se pudo determinar hacen parte de esta categoría, y las políticas que se utilicen para incluirlas serán en pro de aplicar los requisitos estructurales de las acciones afirmativas, es decir que son integraciones graduales que serán de naturaleza temporal, hasta que las comunidades afrodescendientes se encuentren en el mismo estado de normalidad respecto a otras etnias, posibilitando entonces el completo ejercicio de sus derechos fundamentales.

Así entonces se puede decantar a partir de la evaluación de la figura de la Acción Afirmativa, con la utilización de figuras como Cláusulas Sociales y Contratación Estatal públicamente responsable, desde el punto de vista del salvamento de voto del Magistrado Monroy Cabra en la sentencia C-932-2007, contrastada con doctrinantes españoles, se verían los principios de Selección Objetiva y Libre Concurrencia de manera alterada, es decir, el factor social en ambos principios, sería tan relevante como el factor técnico y económico, reestructurando los conceptos de libre concurrencia y selección objetiva con fundamento en los artículos 13 y 333 constitucionales, pudiendo usar el negocio con el Estado para que la población afro pueda llegar

al estado de normalidad, y así, cuando se alcance este ideal, la lucha será por otros motivos o circunstancias, que precisamente implicará que los accionistas o dueños de empresas que hagan parte de la minoría puedan competir en igualdad de condiciones con las empresas más fuertes económicamente,

Esta evolución entonces es completamente necesaria, y que de utilizarse, como es posible ver en otros sistemas, podrá sacarse a la comunidad afro descendiente de las condiciones socio económico educativas en las cuales se encuentran, y por hacer parte de esta comunidad como autora, veo un importante camino a recorrer en esta materia.

Si las entidades públicas comenzarán a identificar como mejora de los derechos fundamentales, en la descripción del objeto social, que se tenga en cuenta factores sociales y de inclusión para limitar la libre concurrencia, y que se utilicen estos criterios de inclusión de minorías como criterios de ponderación traería como efecto del contrato estatal, minimizar y solucionar problemáticas sociales, y borrar las barreras de desigualdad que existen entre la comunidad afrodescendiente y el resto de la población.

6. Referencias bibliográficas:

Acuña Bohórquez, J.M (2009) *El principio de igualdad en la legislación procesal colombiana*, Bogotá D.C, Colombia, Universidad Libre de Colombia.

Álvarez Ossa, L (2015) *Mujeres, pobres y negras, triple discriminación: Una mirada a las acciones afirmativas para el acceso al mercado laboral en condiciones de trabajo decente*, Medellín Colombia, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

Aristizábal Villa, D, R y Navarro Pérez, E. R (2012) *Las acciones afirmativas en la gestión contractual del Estado: Su implementación por parte del Departamento de Santander en las convocatorias públicas adelantadas en vigencia del Decreto 734 del 2012*, Bucaramanga, Colombia, Universidad Industrial de Santander.

Arroyo, S., & Bustamante, C. (2008). *La raza como determinante del acceso a un empleo de calidad: un estudio para Cali. Ensayos sobre Política Económica*, 26(57), 130-175.

Begne, P. (2011) *Acción afirmativa: una vía para reducir la desigualdad*, Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato División de Derecho, Política y Gobierno Departamento de Derecho Año 1, No. 1

Bejarano Roncancio, J. J. (2009), *Antecedentes Y Principios de la Contratación Pública*, Fundamentos de Contratación Pública para proyectos sociales en Alimentación y Nutrición.

Bernete Garcia, J (2013) *Cláusulas sociales en la contratación pública: nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local*, Cuadernos de Trabajo Social ISSN: 0214-0314

Berratorán, A (s.f) *La igualdad en John Rawls y la herencia de riquezas en la Argentina*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Teseo. Bogotá D.C, Colombia, Universidad Nacional de Colombia.

Burzaco Samper, M (2016) *Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconocer el potencial de la contratación pública en la construcción de objetivos sociales*, España, Revista económica pública social y cooperativa.
[cea/pdfs_depto_economia/paper_2009_02_dos_ensayos_sobre_discriminacion.pdf](#)

Comisión Europea. (2010). *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*. Luxemburgo: Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades.

Consejería para la igualdad y bienestar social (2011) *Cláusulas Sociales, Dossier para la contratación pública sostenible*, Unión Europea.

Crosby, Faye. Iyer, Aarti and Sincharoen, Sirinda (2006). Understanding Affirmative Action. *Annu. Rev. Psychol.* 57:585–611. University of California.
https://diversity.berkeley.edu/sites/default/files/annurev.psych_.57.102904.pdf

Duque Botero, J, D y Vanegas Vidal, L. F (2019) *GPS Contratación Pública Guía Profesional*, Tirant lo Blanch.

Durango Álvarez, G (2016) *Las acciones afirmativas como mecanismos reivindicadores de la paridad de género en la participación política inclusiva: Ecuador, Bolivia, Costa Rica y Colombia*, Barranquilla, Colombia, Universidad Nacional, Revista de Derecho, N. ° 45, en *Medellín (2001- 2011)*, CLACSO

Dworkin, R. (2003) *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona: Paidós Ibérica.

Galán Sánchez, F. H y Luna Cijanes, J. D (2000) *La acción afirmativa como desarrollo del principio de igualdad*, Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana FACULTAD DE Ciencias Jurídicas Departamento de Derecho Público.

Galvis Macias, I, H (2018) *Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de selección de contratistas del Estado*, Universidad Santo Tomás, Vol. 13, no 2.

Garrison-Wade, Dorothy and Lewis, Chance (2004). Affirmative Action: History and Analysis. The journal of college admission. University of California.
<https://files.eric.ed.gov/fulltext/EJ682488.pdf>

Ghai, D. (2003). “*Trabajo Decente Conceptos e Indicadores*”. Revista Internacional del Trabajo, 122(2), 125-160.

Gimeno Feliu, J.M (2013) *Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites*, ISSN: 2013-4924

González, S., & Guillén, A. M. (2009). *La calidad del empleo en la Unión Europea. Debate político y construcción de indicadores*. Revista del ministerio de Trabajo e Inmigración.

Guerrero Manso, M.C (s.f) *Guía práctica sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, con especial atención a las cláusulas que permitan la integración y participación en los contratos de las mujeres*, Universidad de Zaragoza. ISSN: 0121-8697 (impreso) ISSN: 2145-9355 (on line).

Holzer J, Harry and Neumark David (2005). Affirmative Action: What Do We Know?. Journal of Policy Analysis and Management.
<https://www.urban.org/sites/default/files/publication/50186/1000862-Affirmative-Action.PDF>

Johnson L (1997) *to fulfill these rights*, Cimmensment Address of Howard University, Beckwith. Larrazabal Astigarraga, E (2014) *Las cláusulas sociales en la contratación pública y la posibilidad de establecer un salario mínimo en la ejecución de los contratos*, LanHarremanak/31 (2014-II).

Martínez Fons, D (2009) *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, Fundación Alternativas, ISBN: 978-84-92424-93-1

Marulanda López, L y Mora Rodríguez, J.J (2014) *La calidad del empleo en la población afrodescendiente colombiana: una aproximación desde la ubicación geográfica de las comunas*, © Revista de Economía del Rosario. Universidad del Rosario. ISSN 0123-5362 - ISSN 2145-454x

Marulanda y Calvo, M y Valencia Giraldo, C (s.f) *Aplicación y eficacia de las acciones afirmativas en la contratación estatal*, Institución Universitaria de Envigado.

Morcillo Moreno, J (2016) *Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario*, Revista Aragonesa de Administración Pública 180 ISSN 2341-2135, núm. 47-48, Zaragoza.

Mosquera Rosero Labbé, C y León Díaz, R. E (2009) *Acciones Afirmativas y ciudadanía*
Nieves López, J. G (2017) *El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual*, Revista Verba Iuris, 12(37), pp. 13-24.

Palacios Oviedo, M (2016) *Principios de la contratación estatal aplicables a los reglamentos especiales de contratación de la agencia nacional de hidrocarburos*, Bogotá, D.C, Colombia, Universidad del Rosario Facultad de Jurisprudencia.

Ministerio de Cultura (s.f) *Afrocolombianos, población con huellas de africanía*, República de Colombia.

Rawls, J. (1999), *A Theory of Justice* (edición revisada), Cambridge, Harvard University Press.

Rincón Jacome, B, A y Salomón Castro, J. A (2008) *La aplicación de los principios de la contratación estatal a los pliegos de condiciones en el concurso de méritos*, Universidad de La Sabana Instituto de Postgrados.

Rodríguez Flórez, L.A (2015) *Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la contratación estatal: un estudio sobre la interpretación del artículo 30 de la ley 80 de 1993 y normas concordantes a fin de procurar una adecuada evaluación de la oferta*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Rodríguez, M. C y Retortillo, M (2014) *Principios de la contratación y responsabilidad social*, AFDUC 18, ISSN: 1138-039X

Sandel M. (2000), *El liberalismo y los límites de la justicia*, traducción de María Luz Melon, Barcelona, Gedisa Editorial.

Solís Enríquez, F.J, (2015) *El principio de proporcionalidad y los requisitos habilitantes en la contratación estatal*, Bogotá, Universidad Libre, Ejemplares: 1000 • ISSN: 0124-0021

Sowell, Th. (2014). *Affirmative action around the world*. Yale University Press.

Sullivan, K y Gunther. G (2004) *Constitutional Law*, Foundation Press, ed. Press.

Tenjo, J. & Herrera, P. (2009). *Dos ensayos sobre discriminación: discriminación salarial y discriminación en acceso al empleo por origen étnico y por género*. Bogotá: Universidad Javeriana. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/>

United Nations High Commissioner for Refugees (2012) *Situación Colombia afrodescendientes*, Situación Colombia.

Vallejo Molina, J. P (2016) *Acciones afirmativas en la contratación estatal en Colombia*, pensamiento jurídico, no. 46, issn 0122 – 1108.

Velandia Martínez, J. C (2017) *Medidas de discriminación positiva a favor de grupos marginados en la contratación estatal en Colombia*, Bogotá, D.C, Colombia, Universidad nacional de Colombia facultad de derecho, ciencias políticas y sociales. Vol. 26-1 (2013) 85-94

Young, I.M. (1996). *Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal*. En: Castells, C (compiladora). *Perspectivas feministas en teoría política*. Buenos Aires. Editorial Paidós.