



Universidad Libre
Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Honorables magistradas y magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrada ponente: **KARENA ELISAMA CASELLES HERNÁNDEZ**

Palacio de Justicia, Calle 12 N°7-65, Bogotá D.C.

secretaria3@corteconstitucional.gov.co

La Ciudad

Referencia: Expediente número **D-14644**. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1 y 2, parciales, de la Ley 2160 de 2021 “por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007”.

Actor: **RONALD JOSÉ VALDÉS PADILLA**.

Asunto: Intervención ciudadana según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

Los suscritos ciudadanos **JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN**, director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre; **WALTER PÉREZ NIÑO** y **OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS** docentes investigadores de la Facultad de Derecho y miembros del Observatorio; actuamos conforme y dentro del término del Auto admisorio 4 de marzo de 2022, notificado mediante Estado No. 032 del 8 de marzo de 2022; según la fijación en lista ordenada el 16 de marzo del 2022; y lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P. y el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991. Así, presentamos la siguiente intervención ciudadana (CONCEPTO TÉCNICO CONSTITUCIONALIDAD) respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de 1991.

1. Disposiciones legales demandadas

Ley 2160 de 2021

(noviembre 25)

Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007

“Por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007”

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Decreta

ARTÍCULO 1°. Modifíquese el Artículo 6 de la Ley 80 de 1993, el cual quedara así:

ARTÍCULO 6°. DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, los consejos comunitarios de las comunidades negras regulados por la Ley 70 de 1993.

Para las organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y las demás formas y expresiones organizativas, deberán contar con diez (10) años o más de haber sido incorporados por el Ministerio de: Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro; y los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.



PARÁGRAFO. Para efectos de la presente ley, la Corporación para la Reconstrucción de la Cuenca del RIO Páez y Zonas Aledañas Nasa Ki'We, podrá celebrar contratos para adelantar y ejecutar, planes, programas y proyectos para la atención de las necesidades de los habitantes de las comunidades- étnicas de los municipios de Popayán, Almaguer, Bolívar, Buenos Aires, Cajibío, Caldon, Caloto, Corinto, El Tambo, Inzá, Jambaló, La Sierra, La Vega, Miranda, Páez, Patía, Piendamó, Puracé, Rosas, San Sebastián, Santander De Quilichao, Silvia, Sotará, Suarez, Toribio, Totoró del departamento del Cauca y los municipios de Neiva, Gigante, Íquira, La Argentina, La Plata, Nátaga, Paicol, Pitalito, San Agustín, Tesalia, Villavieja, Yaguará, Palermo y Rivera del departamento del Huila.

ARTÍCULO 2º Modifíquese el Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, e inclúyase el literal l), m) y n) al numeral 4, el cual quedara así:

ARTÍCULO 2º. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: [...]

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos:

L). Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

M). Los contratos que las entidades estatales suscriban con los consejos comunitarios de las comunidades negras, regulados por la Ley 70 de 1993, que se encuentren incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades.

N). Los contratos que las entidades estatales suscriban con las organizaciones de base de personas pertenecientes a poblaciones afrocolombianas, raizales y palenqueras o con las demás formas y expresiones organizativas, que cuenten con diez (10) años o más de haber sido incorporados, por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas organizaciones.
[...]

PARÁGRAFO 8º. La modalidad de contratación directa prevista en el numeral 4º de este Artículo deberá sujetarse a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, o en los regímenes especiales de contratación, que disponen los requisitos jurídicos, técnicos y financieros; en todo caso teniendo en cuenta los principios de transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, eficacia y eficiencia.

PARÁGRAFO 9. La Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las Contralorías Territoriales, la Procuraduría General de la Nación y la Rama judicial, en el marco de sus competencias constitucionales y legales ejercerán el control judicial, disciplinario y fiscal, según corresponda, sobre los recursos públicos que se ejecuten a través de los contratos celebrados con cabildos indígenas, consejos comunitarios de las comunidades negras; organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenquera de los que trata el presente Artículo; y los consorcios y uniones temporales y las demás personas naturales y jurídicas con capacidad para contratar, cualquiera sea la modalidad que se aplique a la correspondiente contratación.

2. Argumentos del demandante



El demandante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 1º y el literal N del artículo 2º de la Ley 2160 de 2021 "por medio del cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007", en el entendido de que a las organizaciones, demás formas y expresiones organizativas de las Comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras no se les exija diez años o más de haber sido incorporados al Registro que lleva el Ministerio del Interior acreditando su certificado de existencia y representación legal, para celebrar contratación en la modalidad directa con las entidades públicas.

Como fundamento de las pretensiones señala que el requisito para contratar con el Estado bajo la modalidad de contratación directa establece un trato desigual entre los miembros de un mismo grupo étnico en comparación con su ubicación territorial, lo cual resulta inaceptable por el estado de vulnerabilidad profunda en que se encuentran las diferentes formas organizativas de los pueblos afrodescendientes, raizales y palenqueros.

Indica que la diferencia de trato se realiza entre aquellas organizaciones que cumplen con el requisito de inscripción de diez años o más en el Registro único Nacional y los colectivos que no se encuentran en esa base de datos. Retrasando con esto último el desarrollo de estas comunidades.

Sostiene que, para verificar la experiencia, la capacidad financiera y de organización del proponente, el requisito establecido en la norma no le es útil a las entidades públicas a la hora de contratar.

Indica que el trato discriminatorio se da en cuanto a la capacidad para contratar con las entidades públicas; ya que las Formas y Expresiones Organizativas de los pueblos afrolatinos, así como las Organizaciones de Base de estos deben acreditar la inscripción por diez años o más en el Registro Público Nacional, mientras que a los Consejos Comunitarios no se les exigen esa condición.

3. Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre

CONCEPTO

SOLICITAMOS A LA CORTE CONSTITUCIONAL DECLARAR LA INEXEQUIBILIDAD LOS ARTÍCULOS 1º Y 2º, DE LA LEY 2160 DE 2021

Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional considera que los artículos 1º y 2º, de la Ley 2160 de 2021 "por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007" son inexecutable. La razón fundamental es porque estas normas vulneran el derecho a la igualdad. Para fundamentar lo anterior se hablará de: i) la igualdad y libertad de concurrencia en materia contractual; ii) la identidad étnica de las comunidades Negras Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras (En adelante NARP) y Registro Público Nacional de sus Organizaciones de Base y las demás formas y expresiones organizativas; iii) el derecho a la igualdad en relación con la norma demandada.



A. Sobre la igualdad y libertad de concurrencia en materia contractual

El derecho a la igualdad tiene cabida en la contratación estatal, particularmente a la igualdad de oportunidades. Ha señalado la jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-815 de 2001 que “se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración”¹.

De igual manera la Corte² ha indicado que, en materia de contratación, en aras de proteger los derechos a la igualdad y libre concurrencia, establecidos en los artículos 13 y 333 superiores, se debe otorgar a todas las personas que reúnan la capacidad técnica, administrativa, económica y financiera, la oportunidad de presentar ofertas a la administración y de tener derecho a beneficiarse de la adjudicación de un contrato.

Sin embargo, este principio tiene limitaciones. No es de carácter absoluto, sino relativo. Así, en aras del interés público se pueden establecer ciertas limitaciones por mandato legal o constitucional para asegurar la capacidad civil, la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades y las calidades tanto técnicas, profesionales, económicas y financieras que permitan el cumplimiento del contrato³.

No obstante, el legislador no cuenta con discrecionalidad absoluta para establecer estos parámetros. La libre concurrencia entraña la no discriminación, por lo que limita los parámetros de selección. Así la Corte ha señalado que:

“[L]a libertad de concurrencia admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal”⁴.

Para el caso analizado, esto quiere decir que la restricción que establece la norma de diez años de incorporación al Registro Público Único Nacional del Ministerio del interior exigido a las Organizaciones de Base y demás Formas y Expresiones Organizativas de las comunidades negras afrocolombianas, raizales y palenqueras (En adelante NARP) debería tener una justificación constitucional encaminada a certificar la capacidad y calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras.

No obstante, como se ahondará en los siguientes acápite, el establecimiento de esta restricción no se relaciona con los fines de la contratación pública. Este registro no es una herramienta que funcione para decantar la calidad del contratista, ya que no certifica ningún tipo de idoneidad, experiencia o solidez financiera para el desarrollo de sus actividades

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil.

² Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. MP. María Victoria Calle Correa.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. MP. María Victoria Calle Correa.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. María Victoria Calle Correa.



contractuales. Por lo anterior su exigencia es una talanquera que pone a estas organizaciones y expresiones en situación de desigualdad respecto de quienes concurren a los procesos de contratación.

B. Identidad étnica de las comunidades NARP y Registro Público Nacional de sus Organizaciones de Base y las demás Formas y Expresiones Organizativas.

En el caso de las comunidades NARP existen algunas particularidades históricas que han generado distintas formas de exclusión, segregación y desconocimiento de sus derechos a la identidad y al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Si bien esto también ha ocurrido con otras poblaciones, como los indígenas, es evidente que las comunidades NARP ocuparon por mucho tiempo un lugar en el que no eran considerados grupos étnicos.

PETER WADE considera que dentro de las “estructuras de la alteridad”, las comunidades NARP se encontraban eclipsadas por los pueblos indígenas, considerados los clásicos “Otros”. Únicos grupos a los que se les reconocía un estatus étnico y cultural diferente.

Tal reconocimiento se otorgó de forma exclusiva a los pueblos indígenas en tanto han estado históricamente asociados a la condición de ser los pueblos originarios o ancestrales de América. Este estatus ubicó a las comunidades indígenas en una posición de reconocimiento distinto, identificados como poblaciones rurales, con costumbres y tradiciones propias y poseedores, en muchos casos, de lenguas ancestrales. Esta asimetría en el reconocimiento de la alteridad provocó que por mucho tiempo los Estados en América Latina se encontrarán dispuestos a reconocer a los pueblos indígenas, antes que a las comunidades NARP, como los representantes de la diferencia étnica.

Los gobiernos estaban también más preparados para atender las demandas indígenas: podían «oír» hablar a esos subalternos, precisamente porque representaban lo Otro. Cuando se hicieron demandas para la gente negra, una respuesta común en Colombia (y creo que en otros lugares) fue que no eran «un grupo étnico»⁵

Este proceso de reconocimiento casi exclusivo de los pueblos indígenas como el universo de la diferencia étnica y cultural, ha ocasionado una “indigenización de lo negro”, proceso en el cual las comunidades NARP eran reconocidas como étnica y culturalmente diversas en tanto se asimilaban al mundo indígena.

Luego de las reformas constitucionales que tuvieron lugar en América Latina desde finales de la década de los años 80 del Siglo XX, las poblaciones negras y afrodescendientes comenzaron a figurar en las políticas, aunque institucionalmente eran vistos como grupos étnicos indígenas. Un ejemplo de este cambio de perspectiva se encuentra en la Constitución del 91, que en su artículo 55 transitorio le reconoció a las poblaciones negras de las comunidades del pacífico el derecho a la propiedad colectiva de las tierras ancestralmente habitadas por ellas.

⁵ Wade, Peter. *Etnicidad, multiculturalismo y políticas sociales en Latinoamérica*. Revista Tabula Rasa, N° 4, enero junio 2006, página 74



En este reconocimiento jugó un papel determinante el proceso organizativo de estas comunidades adelantado desde años antes de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Se trataba de grupos organizados en comunidades rurales y tradicionales, ubicados en tierras ancestrales, en una región amplia pero delimitada y con marcadas diferencias culturales que reconocería luego la Constitución. Más tarde, y conforme avanzó el proceso organizativo, reclamaron un espacio de reconocimiento las comunidades raizales, como el caso de los pobladores tradicionales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y la comunidad palenquera de San Basilio de Palenque en el Departamento de Bolívar.

La Corte ha considerado que la identidad colectiva fundada en la pertenencia a las comunidades NARP posee una dimensión cultural y étnica, y no meramente racial⁶. Identidad étnica y cultural que, como señaló en la Sentencia del Río Atrato, está vinculada al reconocimiento del papel que desempeñan los ríos para las comunidades negras del pacífico colombiano, remarcando así la importancia del vínculo entre territorio e identidad colectiva.

Como bien señala ULRICH OSLENDER: “Para entender un movimiento construido sobre las bases de identidad colectiva tenemos que entender los lugares específicos en los que se desenvuelve la acción social del movimiento y donde estas identidades están construidas y articuladas físicamente.”⁷

La lucha por el territorio no es solo por el lugar físico delimitado por éste, o los ríos que lo atraviesan, sino por el espacio como constructo donde tienen lugar las representaciones e interpretaciones que consolidan la identidad colectiva sobre y alrededor del territorio. En palabras de OSLENDER, las luchas por el territorio no son solamente por su sentido físico o material, sino por las interpretaciones y representaciones que se hagan de él: la manera como comprenden y se relacionan los grupos humanos con los demás seres de la naturaleza, la conservación y uso de los ecosistemas, las dinámicas de movilidad y tránsito, la espiritualidad y todos los demás aspectos atadas a la manera como se habita un lugar.

En desarrollo del artículo 55 transitorio constitucional, el proceso de conformación de consejos comunitarios amparado por la Ley 70 de 1993, ha constituido un reconocimiento oportuno para la consolidación y el fortalecimiento de la autonomía y la identidad colectiva de los pobladores afro del pacífico. Mediante esta figura, las personas agremiadas en estas asociaciones políticas y comunitarias han hecho del pacífico colombiano un espacio de representación que a menudo se opone a las representaciones del espacio promovidas por el Estado, el discurso del desarrollo, el conocimiento experto y el extractivismo.

En el caso de los pueblos indígenas y de las comunidades NARP su condición étnica ha facilitado que se les reconozca como sujetos colectivos con una identidad diferenciada del resto de la sociedad. A partir del reconocimiento de estos pueblos, parece que la sociedad

⁶ Ver las sentencias T-375-06; T-576-14 y C-480-19

⁷ OSLENDER, U. *Espacio, lugar y movimientos sociales: hacia una "espacialidad de resistencia"*. Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales, Universidad de Barcelona, vol. VI, núm. 115, 1 de junio de 2002. <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-115.htm>



colombiana ha asumido que la identidad colectiva que permite el reconocimiento de derechos específicos, como la autonomía, el territorio colectivo, el gobierno y la justicia propia, entre otros, depende de la diferencia étnica. Sin embargo, pocas veces en la jurisprudencia, y aun menos en la ley, se define qué significa la diferencia étnica o cuál es el alcance y las connotaciones de la “etnicidad”.

Las etnicidades son entonces apenas la capa visible de procesos históricos complejos y arraigados (tanto en su sentido espacial como temporal) a través de los cuales se articulan diferentes planos de la vida social que recogen y a su vez trascienden los intereses y posiciones de clase, es posible pensar que la etnicidad no es un asunto reservado a los pueblos indígenas y a las comunidades NARP. En tanto la etnicidad va más allá de los asuntos raciales, la identidad lingüística o la condición de ancestralidad, es también un elemento de la vida campesina. En otros términos, la identidad del pueblo campesino en Colombia, no solo se determina por el aspecto cultural, sino por las diversas etnicidades que hacen parte de los procesos organizativos del campesinado.

De esta manera, para el caso en concreto, se tiene que los procesos de las comunidades NARP han sido relegados por aquellos de las comunidades indígenas. Un ejemplo de ello precisamente es la norma demandada en la que no se le exige ningún requisito de inscripción o registro a los Cabildos Indígenas y las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas para contratar, en franca desigualdad con las Organizaciones de Base y demás Formas y Expresiones Organizativas de las comunidades NARP, sin que exista un motivo constitucional que motive la diferenciación del trato.

Ahora bien, las Organizaciones de Base y demás Formas y Expresiones Organizativas de estas comunidades pueden tener un origen ancestral pero solamente en los últimos años se han formalizado para ejercer su derecho de participación ante las autoridades gracias a los mandatos normativos como el Decreto 1640 de 2020. En ese sentido es importante diferenciar la existencia de las comunidades y el registro de aquellas ante entidades como el Ministerio del Interior, toda vez que son procesos totalmente independientes.

La antigüedad en el Registro Público Único Nacional no equivale, ni es homologable a la antigüedad de comunidades minoritarias. Pueden existir Cabildos Indígenas, asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, y Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras ancestrales con un registro relativamente reciente y comunidades menos antiguas con un registro mayor a los diez años.

Ahora bien, el caso de Organizaciones de Base y demás Formas y Expresiones Organizativas de las comunidades NARP es más dramático, pues la reglamentación del Registro Público Único Nacional para estas se dio apenas desde el 14 de diciembre de 2020 con el Decreto 1640. Así, estas o presentan un registro reciente o no lo presentan debido a la novedad de la norma que lleva año y poco más de tres meses de expedida.

Por lo tanto, el requisito de estar diez años en el Registro, indicado en las normas demandadas, no solamente es inconstitucional por vulnerar el derecho a la igualdad respecto de otras



comunidades minoritarias a las que no se les hace tal exigencia, sino que también por ser desproporcionado en la medida que impone un requisito que ninguna de las Organizaciones de Base y demás Formas y Expresiones Organizativas de las comunidades NARP pueden cumplir, haciendo nugatorio su derecho a la participación en los procesos de contratación.

C. Sobre el derecho a la igualdad en relación con la norma demandada.

- *Derecho a la igualdad.*

La Constitución contempla la igualdad como un principio, como un valor y como un derecho⁸ incluido en varios artículos de la Constitución, entre ellos el 13, 42, 53, 70, 75 y 209. Como pilar del Estado Social de Derecho se concreta en varias reglas a saber:

- Dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, si no hay razones suficientes para darles un trato diferente;
- Dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes;
- Dar trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas;
- Dar un trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común;
- Dar un trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias; y,
- Dar un trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes⁹.

Para revisar el cumplimiento de estas reglas, además de examinar la afinidad entre la norma legal y la Constitución, también es preciso considerar el término de referencia con el que se está comparando¹⁰.

Ahora bien, para realizar el juicio de igualdad es necesario inspeccionar 3 componentes:

- Precisar si los supuestos de hecho se pueden comparar.
- Establecer si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales
- Determinar si la diferencia de trato se encuentra constitucionalmente justificada¹¹.

Así, el test de igualdad busca en su metodología analizar 3 cosas¹²:

- El fin buscado por la medida

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-053 de 2018. MP. Gloria Stella Ortiz.

⁹ Corte Constitucional. Sentencias: C-239 de 2014 MP. Mauricio González Cuervo y C-015 de 2018 MP Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2016.MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 2014. MP. Mauricio González Cuervo.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-015 de 2014. MP. Mauricio González Cuervo



- El medio empleado
- La relación entre el medio y el fin.

Ahora bien, la prueba de igualdad se ha clasificado según su intensidad en débil, intermedia y estricta, dependiendo de las particularidades de cada asunto. La Corte Constitucional en sentencia C-105 de 2014¹³ señaló:

“Para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa excepción a la regla, este tribunal ha considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se constituya un privilegio.

El test estricto es el más exigente, pues busca establecer que, si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales”¹⁴.

Cabe recordar que la norma demandada recae sobre Organizaciones de Base y las demás Formas y Expresiones organizativas de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, minorías históricamente marginadas y discriminadas por factores étnicos y raciales entre otros. Por esa razón, para el caso bajo estudio procede el examen estricto de igualdad.

Por lo anterior el test de igualdad en esa medida debe verificar ¹⁵

- Si la finalidad perseguida por la norma es imperiosa;
 - Si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario. Es decir que no puede ser remplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y
 - Si “los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales. Vale decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.
- *De la inconstitucionalidad de la norma a la luz del test de igualdad.*

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-105 de 2014. MP. Mauricio González Cuervo.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-105 de 2014. MP. Mauricio González Cuervo.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-210 de 2021. MP. José Fernando Reyes Cuartas.



En la demanda se indica que los artículos 1° y 2° de la Ley 2160 de 2021 son inconstitucionales por cuanto condicionan la contratación estatal con Organizaciones de Base y demás Formas y Expresiones organizativas NARP, a encontrarse incorporado con diez años o más en el Registro Público Único Nacional del Ministerio del Interior. El parámetro de comparación para el accionante se encuentra principalmente con los Consejos Comunitarios de las comunidades Negras a quienes no se les exige tal requisito.

En efecto, en el artículo 1° de la Ley 2160 de 2021, que modifica el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, se establece la capacidad para contratar a distintas personas a saber: cabildos indígenas, asociaciones de autoridades tradicionales indígenas, Consejos comunitarios de las comunidades negras, Organizaciones de base de las comunidades y las demás Formas y Expresiones organizativas NARP. Ahora bien, aunque todos ellos deben contar con algún registro del Ministerio del Interior conforme los Decretos 2340 de 2015, 1066 de 2015 y 1640 de 2020, la norma demandada solo exige a estos últimos que se encuentren en el registro y que este sea mayor o igual a diez años.

El también demandado artículo 2 de la Ley 2160 presenta una situación similar. Al modificar el artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, permite que por medio de la figura de contratación directa se pueda contratar con Cabildos Indígenas, Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Comunitarios de comunidades negras registradas ante el Ministerio del Interior y Organizaciones de Base y las demás Formas y Expresiones organizativas de personas pertenecientes a poblaciones NARP pero estas últimas, al igual que la anterior norma, son las únicas que deben contar con diez años o más en el Registro Público del Ministerio del Interior como requisito.

De esta manera, para efectos de la realización del test de igualdad, se puede colegir que las situaciones son comparables, incluso no solo con los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras como lo indica el demandante, sino que también con los Cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas; conjuntos asociativos minoritarios igualmente contemplados en los artículos demandados, y a quienes se les hacen exigencias inferiores para efectos de contratación respecto de las Organizaciones de Base y las demás Formas y Expresiones organizativas de poblaciones NARP. Estableciendo con ello una diferencia de trato.

Ahora bien, en cuanto a los elementos a analizar en el test, no se entiende con claridad cuál es el fin de exigir, a diferencia de otras formas de organización de minorías a las que no se le requiere, el requisito de diez años en el Registro Público único Nacional a las Organizaciones de Base y las Formas o Expresiones Organizativas de las comunidades NARP. Esta medida no tiene una justificación lógica sobre la limitación del derecho de estas a postularse en procesos de contratación estatal. Como se explicó, las organizaciones son ancestrales y su registro ha dependido de factores externos y de ninguna manera certifican capacidad civil, ausencia de inhabilidades e incompatibilidades o las calidades tanto técnicas, profesionales, económicas y financieras que permitan el cumplimiento del contrato. Tampoco hay razones constitucionalmente válidas que justifiquen que a algunos grupos minoritarios se les deba pedir este requisito y a otros no.



Sobre los elementos del test de igualdad en sentido estricto cabe decir que la finalidad perseguida no emerge con claridad de la norma demandada. Con todo, si es la de asegurar la capacidad civil, la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades y las calidades tanto técnicas, profesionales, económicas y financieras que permitan el cumplimiento del contrato; no tiene justificación constitucional que la restricción establecida para la contratación solo sea aplicable a las Comunidades de Base y las Expresiones Organizativas NARP, y no a los Consejos Comunitarios, Cabildos Indígenas o las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas.

Ahora bien, el medio escogido no es efectivamente conducente ni necesario para conseguir dicho fin. La restricción aplicada por los artículos demandados a las Comunidades de Base y las Expresiones Organizativas NARP no permite verificar ningún requisito que apunte al mejoramiento de la oferta en la contratación estatal. Como se dijo, la fecha de registro frente al Ministerio del Interior no implica alguna relación con la antigüedad de la comunidad, ni demuestran capacidad o calidades para ejecutar contrato alguno. En ese sentido, la verificación de la idoneidad del contratista se puede hacer en el mismo proceso de contratación de acuerdo con las exigencias de cada contrato. Es decir, hay otras formas de lograr el fin que supuestamente persigue la norma sin restringir derechos. Sumado a lo anterior, la falta de aptitud de la medida también se refleja en que, en la práctica, esta torna nugatoria la capacidad de este tipo de comunidades para contratar, como quiera que la implementación del registro apenas y se reguló el 14 de diciembre de 2021 con el Decreto 1640, lo que en la práctica deriva en que, en el mejor de los casos, las Comunidades puedan cumplir con este requisito en el año 2031.

Bastaría lo anterior para concluir que la norma demandada es inconstitucional. No obstante, en aras de analizar todos los elementos del juicio de igualdad, se revisará la proporcionalidad en sentido estricto. Así las cosas, vale decir que la restricción impuesta a las Comunidades de Base y las Expresiones Organizativas NARP en materia de contratación es excesiva. Supongamos que la norma es idónea para el fin que busca (que se insiste no lo es por las razones expuestas) y lograra ser filtro de capacidad, idoneidad y calidades que permitieran el cumplimiento del contrato. Si esto se cumpliera, de todas maneras, sería desmesurado el tiempo de diez años, por dos razones. La primera es que existen contratos que por su naturaleza no exigirían que el oferente gozara de una antigüedad de diez años, por lo tanto, de cara a contratos que no requieren mayor complejidad, este requisito sería exagerado. En segundo lugar, porque también pone en una posición desbordadamente desigual a las Comunidades de Base y las Formas y Expresiones Organizativas NARP, en relación con otros oferentes, exigiéndoles requisitos que ni siquiera pueden ser conducentes para el tipo de contratación deseada.

D. Conclusiones.

La libertad de concurrencia en materia contractual tiene que permitir a los oferentes postularse con igualdad de oportunidades. Si bien, se pueden establecer algunos requisitos para la contratación, estos tienen que atender a una razonabilidad o proporcionalidad. En este sentido, la imposición realizada por la norma demandada a las Organizaciones de Base de las



comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y las demás Formas y Expresiones organizativas, de contar con diez años o más de haber sido incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional, no obedece a parámetros constitucionalmente justificables. La limitación no contribuye a los fines de la contratación pública, al no ser idónea para demostrar la calidad del oferente. Sumado a lo anterior, el requisito hace nugatorio el derecho de postulación en la medida en que el registro es adoptado por el Decreto 1640 de 2020, por lo que las organizaciones NARP tendrían que esperar, en el mejor de los casos hasta el año 2031, para poder superar la condición establecida por la norma demandada.

De la misma forma se pudo determinar que las comunidades NARP, en donde se encuentran Organizaciones de Base y palenqueras, y las demás Formas y Expresiones organizativas, poseen particularidades históricas que las han hecho víctimas de exclusión segregación y desconocimiento de sus derechos a la identidad, siendo muchas veces relegadas del reconocimiento frente al Estado. De esta manera, sus procesos de formalización han sido relativamente recientes y se encuentran permeados por escenarios de violencia que aún en la actualidad influyen en sus dinámicas y formas de asociación. Por lo tanto, la posibilidad de registro se encuentra condicionada por factores externos que aún persisten. Con todo, el registro ante el Ministerio del Interior exigido en la norma acusada solo da cuenta de este hecho y no de la capacidad o idoneidad para contratar.

Asimismo, se pudo determinar que el requisito de diez años en el Registro Público único Nacional de las Organizaciones de Base de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y las demás Formas y Expresiones organizativas, no se puede justificar a la luz del juicio igualdad. La restricción planteada en la norma acusada no es idónea para cumplir el fin que se busca, a saber, asegurar la capacidad civil, la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades y las calidades tanto técnicas, profesionales, económicas y financieras que permitan el cumplimiento del contrato, toda vez que, como se dijo, la fecha de registro no puede dar cuenta de cada una de esas calidades. Además, en los distintos procesos de contratación, se pueden establecer requisitos para los oferentes, de acuerdo con las necesidades de cada contrato en específico. Tampoco se justifica el fin constitucional de que este se aplique solo para estas comunidades minoritarias y para otras no.

Finalmente, aún si fuera conducente la norma, no sería proporcional por la excesiva carga que se impone a las Comunidades de Base y las Expresiones Organizativas NARP en comparación con otros oferentes, teniendo en cuenta que diez años es un tiempo que no se supone necesario para todos los tipos de contratos estatales y que este plazo lo pondría en una ostensible desventaja en relación con otros oferentes sin justificación plausible.



4. Petición

Que se declare la **INEXEQUIBILIDAD** parcial de los artículos 1° y 2°, de la Ley 2160 de 2021 “por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007”, toda vez que vulneran el derecho a la igualdad.

De los señores Magistrados, atentamente,

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 No. 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com

WALTER PÉREZ NIÑO

Docente y Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Correo: walter.perez@unilibre.edu.co

OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS

Ph.D. en Antropología.

Docente y miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Correo: oscara.lopezc@unilibre.edu.co