

el derecho al Estado

Los efectos legales del
apartheid institucional
en Colombia



Mauricio García Villegas
Jose Rafael Espinosa R.



Reino de los Países Bajos

Colección
Dejusticia

EL DERECHO AL ESTADO

LOS EFECTOS LEGALES DEL *APARTHEID* INSTITUCIONAL EN COLOMBIA

el derecho al Estado

Los efectos legales
del *apartheid* institucional
en Colombia

Mauricio García Villegas
Jose Rafael Espinosa R.



Reino de los Países Bajos

CoLección
Dejusticia

García Villegas, Mauricio, Jose Rafael Espinosa R.

El derecho al Estado. Los efectos legales del *apartheid* institucional en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2013

172 p; 15 x 24 cm (Colección Dejusticia)

ISBN 978-958-58228-1-8 versión impresa

ISBN 978-958-58228-2-5 versión digital

1. Instituciones locales - Colombia 2. Periferia 3. Sistema judicial

4. Municipios 5. Estado de derecho 6. *Apartheid* institucional

Este trabajo se desarrolló con el apoyo de el Reino de los Países Bajos.

ISBN 978-958-58228-2-5

Preparación editorial

Marta Rojas

Maqueta de la colección

Martha Isabel Gómez

Revisión de textos

María José Díaz Granados

Cubierta

Alejandro Ospina

Impresión

Ediciones Antropos

Primera edición

Bogotá, D.C., noviembre de 2013

Este texto puede ser descargado gratuitamente
en <http://www.dejusticia.org>

© Dejusticia, 2013

Carrera 24 N° 34-61, Bogotá D. C.

Teléfono: 608 3605

www.dejusticia.org

Agradecimientos

La investigación contenida en este libro se hizo con el apoyo de The Open Society Foundations y el Reino de Holanda, a quienes expresamos nuestro más franco agradecimiento. También quisiéramos dar las gracias a la Fundación Ford, quien a través de su apoyo general a Dejusticia hizo posible que esta investigación se llevara a cabo. De otra parte, también contamos con la ayuda invaluable de nuestros amigos y colegas de Dejusticia. En particular de Rodrigo Uprimny Yepes, su director, quien nos prestó su valioso apoyo intelectual y logístico, y de Vivian Newman, Carolina Reyes, Elvia Sáenz, Ady Ruiz, Lebis Pacheco, Deissy Johana Molina, Néstor Benavides, Juan Carlos Torres, Yaneth Vargas, Katherine Castro, William Morales, Lucía Albarracín, Alexander Rojas y Carlos Andrés González, quienes nos ayudaron en la parte administrativa.

Fueron muchas las personas que participaron en la discusión y el análisis de los capítulos de este libro. Agradecemos especialmente a nuestros amigos en Dejusticia, César Rodríguez, Sebastián Villamizar, Camilo Sánchez, Carlos Baquero, Ana Margarita González, Carolina Bernal, Luz María Sánchez, Paula Rangel, Celeste Kauffman, Paola Molano, Laura Lozano, Laura Gutiérrez, Sylvia Prieto, Sebastián Lalinde y Javier Revelo por sus comentarios, ideas y sugerencias a los textos. De manera especial le damos las gracias a Miguel La Rota, quien a lo largo de muchas conversaciones nos ofreció valiosos comentarios y sugerencias que nos ayudaron a construir los

indicadores presentados en este libro; también a Olga Lucía Bohórquez y a Nicolás Martínez, quienes como pasantes nos brindaron una gran ayuda en diferentes etapas del proyecto.

Recibimos también ayuda invaluable de Felipe Jiménez, quien nos apoyó en el procesamiento de la información estadística. Con Claudia López, Jorge Restrepo, Francisco Gutiérrez, Daniel González, Fernando Escalante y Andrés Guhl tuvimos la oportunidad de discutir algunos de los temas de este libro, y de ellos recibimos ideas fundamentales que mejoraron sustancialmente el texto y nos ayudaron a comprender mejor algunas de las complejidades de este tema. En reuniones organizadas por Fescol tuvimos la oportunidad de presentar y discutir en diferentes ciudades algunos de los resultados de esta investigación. Agradecemos no solo al equipo de Fescol sino a todas las personas que participaron en esas reuniones.

Queremos dar las gracias a todas aquellas personas que desde las organizaciones sociales y las instituciones del Estado nos facilitaron información valiosa. Mencionarlas a todas sería difícil y tedioso para los lectores, pero esa omisión no es, ni mucho menos, falta de gratitud.

Finalmente, dedicamos este libro a la memoria de Juan Fernando Jaramillo. Jose también dedica este libro a su familia y a Paula.

Contenido

	Introducción	10
Capítulo 1	Teoría y práctica del Estado social de derecho en América Latina	16
	La teoría	19
	La práctica	29
	Conclusión	37
Capítulo 2	El <i>apartheid</i> institucional en Colombia	40
	El desempeño de la justicia local	45
	El desempeño integral de los municipios	94
	Medición agregada: desempeño integral y desempeño de la justicia local	103
	Debilidad institucional, marginalidad y violencia	108
	Conclusión: un <i>apartheid</i> institucional	119
Capítulo 3	El derecho al amparo institucional	122
	El “derecho a tener derechos”	124
	La fundamentación jurídica del derecho al amparo institucional	127
	Conclusión	142

Capítulo 4	Del <i>apartheid</i> institucional al Estado constitucional	146
	Conclusión	155
	Referencias bibliográficas	158
	Anexo	168

Introducción

Durante las dos últimas décadas en Colombia ha habido un interés creciente por estudiar el papel que juegan las instituciones, no solo en el desarrollo económico del país, sino también en la construcción de la democracia. Según una literatura muy amplia, se supone que dicho papel es central, aunque hay debates intensos sobre la dimensión de dicha centralidad y la manera como ella se relaciona con otras variables como la violencia, la cultura y el mercado (Acemoglu y Robinson 2012; González, Bolívar y Vásquez 2003; Gutiérrez 2010; López 2010; Rodríguez y Portes 2012; Romero 2003).

En este libro también se analiza el papel que juegan las instituciones estatales, y en particular la falta de ellas. Pero el enfoque que aquí se adopta no está destinado a explorar problemas de seguridad nacional o de régimen político sino a mostrar las implicaciones que la falta de Estado tiene para los derechos de la gente.¹

Las poblaciones que viven en estos territorios apartados se encuentran en una situación de permanente vulnerabilidad debido a que no pueden contar con instituciones que hagan valer sus derechos. En este sentido, carecen de aquello que Hanna Arendt llamaba el “derecho a tener derechos”, es decir, del derecho a vivir en una comunidad política en donde se reconozcan y protejan tales derechos. Arendt tenía en mente la situación en la cual se

1 Este libro es, de alguna manera, la ampliación de una reflexión que empezamos en el libro *Los estados del país. Instituciones municipales y realidades locales* (García Villegas, García, Rodríguez, Revelo y Espinosa 2011).

encuentran las víctimas de los Estados totalitarios. Sin embargo, la vulnerabilidad que caracteriza la ausencia del derecho a tener derechos también ocurre cuando no hay institucionalidad o esta es capturada por actores ilegales. La dignidad y los demás derechos están en peligro cuando el Estado es demasiado fuerte o demasiado débil; cuando el Estado adquiere visos totalitarios o cuando pierde su capacidad para hacer valer los derechos.

Aquí utilizaremos la expresión “*apartheid* institucional” para señalar lo que ocurre en amplias zonas del territorio nacional en donde el Estado es precario o inexistente y, como resultado de ello, las poblaciones que habitan esos territorios resultan discriminadas por el hecho de que sus derechos no son reconocidos ni protegidos.

La palabra *apartheid* tiene un fuerte significado discriminatorio y esto se debe a que con ella se designaba una política de segregación racial que tuvo lugar en Sudáfrica hasta los primeros años de la década de los noventa del siglo pasado. Mediante esta política, implantada por los colonizadores ingleses y holandeses, se dividió a la población en categorías raciales y se crearon regímenes separados de garantía de derechos en función de esas categorías, siempre bajo el predominio de la raza blanca sobre las demás.

Aquí se utiliza esa misma palabra para designar un fenómeno muy diferente pero con resultados discriminatorios similares. El fenómeno es el abandono institucional de grandes porciones del territorio nacional, lo cual describimos con algún detalle en el capítulo segundo. El resultado es la segregación de las poblaciones que allí viven por la falta de instituciones. Si en Suráfrica existía una segregación fundada en la prevalencia de una raza, en Colombia existe una segregación fundada en la prevalencia de unos territorios sobre otros.²

2 El lugar de residencia no puede ser la causa de un trato discriminatorio, como lo señala la Observación N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) a la que nos referiremos en el capítulo 4. El punto 34 de la Observación dice: “El ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto no debe depender del lugar

De otra parte, si la fuente de esa discriminación surafricana era el exceso de poder estatal, la fuente de dicha discriminación en Colombia es el déficit de ese poder, lo cual entraña una imposibilidad general y de partida para hacer efectivos los derechos, es decir, en los términos de Arendt, una falta de derecho a tener derechos.

Estas dos diferencias entre el caso colombiano y el surafricano no impiden, sin embargo, que se hable de *apartheid*: en ambos casos existe una segregación institucional que anula la posibilidad de reclamar derechos.

La presencia del Estado en todo el territorio nacional es un propósito constitucional que no se cumple de manera absoluta. En todos los países, incluso en los más modernos y desarrollados, hay porciones del territorio, tanto urbanas como rurales, en donde la capacidad del Estado para imponerse, para hacer cumplir sus cometidos y para proteger los derechos de las personas es menor o insuficiente. Eso significa, entonces, que principios como el de la territorialidad de la ley y el de la soberanía estatal en todo el territorio son propósitos normativos, no realidades sociales. Estos principios conllevan una dosis inevitable de ineffectividad. Sin embargo, cuando dicha ineffectividad es un fenómeno masivo, producto en buena parte de políticas estatales negligentes, cuyo resultado es el abandono de millones de personas ubicadas en porciones considerables del territorio nacional, no está de más suponer que se configura un fenómeno de discriminación que daría lugar a la invocación, por parte de las personas que habitan en estos territorios, de un derecho al amparo institucional.

en que resida o haya residido una persona, ni estar determinado por él. Por ejemplo, no debe depender del hecho de vivir o estar inscrito en una zona urbana o rural o en un asentamiento formal o informal, ni de ser un desplazado interno o llevar un estilo de vida nómada tradicional. Es preciso erradicar, en la práctica, las disparidades entre localidades y regiones, por ejemplo, garantizando la distribución uniforme, en cuanto al acceso y la calidad, de los servicios sanitarios de atención primaria, secundaria y paliativa". Esta norma contempla una prohibición comparable a la establecida en el artículo 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En este libro se defiende esa idea: las personas que viven en esos territorios tienen derecho a invocar la protección estatal y, más concretamente, tienen lo que aquí llamaremos derecho al amparo institucional; un derecho al Estado. No a cualquier Estado, por supuesto, sino a un Estado social que los proteja en su dignidad y sus derechos.³

No estamos hablando de casos excepcionales, de comunidades perdidas en la geografía nacional, sino de un fenómeno estructural de violación de derechos. Según cálculos que se muestran en el capítulo segundo de este libro, estas zonas de *apartheid* institucional ocupan más del 60% del territorio nacional y en ellas viven más de seis millones de personas. El Estado central tiene, frente a estos territorios y frente a estas poblaciones, una deuda histórica que debe empeñarse en pagar y que desde el punto de vista constitucional representa una violación sistemática y flagrante de los derechos ciudadanos, similar (posiblemente peor) a aquellas que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido como “estado de cosas inconstitucional”.

La argumentación encaminada a defender estas ideas está dividida en cuatro partes las cuales corresponden a los capítulos centrales de este libro. El capítulo uno se ocupa de la existencia fáctica del Estado social de derecho. Este es un primer paso para determinar en qué situaciones se puede hablar de un derecho al amparo institucional originado en la ausencia de dicho Estado. Para tal efecto se analiza el origen y la evolución del Estado social de derecho en Europa y se muestra cómo su importación en América Latina produjo una realidad institucio-

3 Somos conscientes de que esta idea, recogida en el título de este libro, no deja de ser provocadora. La cultura política en nuestro país, sobre todo en ciertos círculos de izquierda, ha tendido, durante demasiado tiempo, a rechazar pura y simplemente las instituciones estatales y a descartar toda posibilidad de que por su intermedio se puedan obtener cambios sociales o mejoras significativas. Aquí nos apartamos de esa tradición, sin caer en la retórica oficial que sobreestima las posibilidades de transformación social a través del derecho y de las instituciones. Para una discusión detallada de este tema ver García Villegas, Mauricio. 2014. *La eficacia simbólica del derecho; para una sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá: Random House (en imprenta).

nal y unas prácticas sociales fundamentalmente diferentes de aquellas que originariamente se predicaban de él.

El capítulo dos muestra los resultados de una investigación sobre la presencia diferenciada del Estado en el territorio nacional con base en una medición del desempeño institucional de los municipios. A partir de allí se identifican aquellas zonas en donde existe un fenómeno de segregación y precariedad institucional.

El capítulo tres analiza las implicaciones jurídicas de la falta de Estado, y justifica la existencia de un derecho al amparo institucional fundado en la normatividad nacional e internacional.

El cuarto y último capítulo ofrece algunos lineamientos generales de política pública que buscan provocar y aportar a la discusión sobre cómo transformar el *apartheid* institucional en un Estado constitucional. Allí se muestra cómo existen varias vías para responder a esa transformación pero cómo solo algunas de ellas pueden ser justificadas dentro de un régimen constitucional como el nuestro.

Capítulo 1
Teoría y práctica
del Estado social de derecho
en América Latina