



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 32 – Julio 2020 – ISSN 1698-7950

Sumario

- 2 *Sobre el sentido, contenido y configuración jurídica de la accesibilidad*, por Rafael de Asís.
- 22 *El virus de la incertidumbre*, por Daniel Romero Campoy.
- 35 *Justicia transicional y cuestiones sociales y económicas: un análisis en tiempos de anormalidad*, por Andrea Ordoñez Cañón.
- 79 *La libertad de expresión en jaque, el panóptico del Siglo XXI. Big Data como amenaza para la democracia: a propósito del caso Cambridge Analytica*, por Andrés Fernando Mejía.
- 106 *El fin de la historia. Treinta años después*, por Massimo La Torre.

Participan en este número

Rafael de Asís, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Daniel Romero Campoy, Alumno del Máster en Estudios Avanzados de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Andrea Ordoñez Cañón, Abogada, Máster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia y Máster en Estudios Avanzados de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Andrés Fernando Mejía, Abogado Universidad Libre Seccional Pereira, Licenciado en Derecho por homologación Universidad de Málaga (España), Magíster en Derecho Procesal Universidad de Medellín, Magíster en Administración Universidad EAFIT. Candidato a Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo por la Universidad de Medellín, (Colombia).

Massimo La Torre, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Magna Graecia de Catanzaro, (Italia).

Universitas

Co-Directores

Rafael de Asís
María Laura Serra

Subdirector

Ángel Llamas

Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui Roig | Rafael de Asís |
María del Carmen Barranco | Reynaldo
Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García
Pascual | Ricardo García Manrique | José García
Añón | Roberto M. Jiménez Cano | Ana Garriga |
Marina Lalatta | Francisco Javier de Lucas | José
Antonio López García | Ángel Pelayo | Andrea
Porciello | Miguel Ángel Ramiro | Alberto del Real |
Adrián Rentería | José Manuel Rodríguez Uribe |
Mario Ruiz | Olga Sánchez | María Ángeles
Solanes | José Ignacio Solar Cayón | Javier
Medina | Ramón Ruiz Ruiz |

Redactores

P. Cuenca, A. Iglesias, V. Morente, A. Pelé, O.
Pérez, S. Ribotta, A. Palacios, G. Saravia, M.L.
Serra, M.A. Bengoechea.

Edita

Instituto de Derechos Humanos
"Bartolomé de las Casas"

© Universidad Carlos III de Madrid, 2015
universitas.revista@gmail.com

Dirección de envío de los trabajos para su evaluación:
universitas.revista@gmail.com

SOBRE EL SENTIDO, CONTENIDO Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA ACCESIBILIDAD*

ON THE MEANING, CONTENT AND LEGAL CONFIGURATION OF ACCESSIBILITY

Rafael de Asís**

RESUMEN: En este trabajo se destaca el papel de la accesibilidad en el discurso de los derechos humanos. Para ello se expone su significado general tomando como referencia el diseño universal, en sus tres sentidos, y los ajustes razonables. El trabajo describe las diferentes construcciones jurídicas de la accesibilidad y sus límites.

ABSTRACT: *This work highlights the role of accessibility in the human rights discourse. For this, its general meaning is exposed taking as reference the universal design, in its three senses, and the reasonable adjustments. The work describes the different legal constructions of the accessibility and its limits.*

PALABRAS CLAVE: accesibilidad universal, diseño universal, ajustes razonables, discapacidad.

KEYWORDS: *universal accessibility, universal design, reasonable accommodation, disability.*

Fecha de recepción: 27/04/2020

Fecha de aceptación: 08/05/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5509>

* Trabajo realizado en el marco de los proyectos "Madrid sin barreras: discapacidad e inclusión social en la Comunidad de Madrid" (S2015/HUM-3330) financiado por la Comunidad de Madrid y "Diseño, accesibilidad y ajustes. El eje de los derechos de las personas con discapacidad" (DER2016-75164-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Catedrático de Filosofía del Derecho. Instituto de Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: rafael.asis@uc3m.es

1.- ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y DERECHOS HUMANOS

La accesibilidad es una idea esencial en cualquier contexto¹. En términos generales buscamos que todo sea accesible. Este todo engloba productos, entornos, servicios, bienes, derechos... Además, hacer que las cosas sean accesibles es rentable desde un punto de vista económico. Por eso, cuando hacemos o queremos que algo no sea accesible, normalmente se nos exige alguna justificación.

Por otro lado, la falta de accesibilidad produce situaciones de discriminación y en ocasiones insatisfacción de derechos. De alguna manera, si la historia de los derechos humanos puede ser descrita como una historia de lucha contra la discriminación, no es descabellado subrayar como la accesibilidad, o si se quiere, el acceso al disfrute de los derechos, ha ocupado un importante papel en ella.

Si nos fijamos en las tres grandes reflexiones que están en el origen de la historia moderna de los derechos humanos, veremos como la lucha contra las barreras es una constante en todas ellas². Así, la reflexión sobre la necesidad de limitar el poder político puede ser representada como el intento de eliminar las barreras que el poder establecía y que restringían la libertad de los individuos; por su parte, la reflexión sobre la tolerancia, buscaba eliminar las barreras que se encontraban determinadas iglesias y corrientes religiosas; por, último, la reflexión sobre la necesidad de humanizar el Derecho penal y procesal, tenía como objetivo rechazar ciertas normas que suponían verdaderas barreras para una correcta protección de los derechos, además de acabar con prácticas y normas contrarias a la dignidad. De esta forma, la eliminación de barreras presente en las tres reflexiones se traduce en una búsqueda de acceso a ciertos bienes que son considerados como valiosos y que justifican la existencia de los derechos.

Y esta idea de lucha contra barreras y acceso a bienes, será una constante en los diferentes procesos históricos de los derechos (positivación, generalización, internacionalización y especificación), en los que se trata de eliminar barreras que impiden el disfrute de los bienes y barreras que impiden la protección de los bienes. En todos ellos, la accesibilidad va de la mano de la igualdad y de la universalidad, dos de los grandes referentes del discurso de los derechos.

La idea de universalidad es también una constante del discurso de los derechos. Tomando como referencia de nuevo a los diferentes procesos históricos de los derechos, se trata de una idea que está claramente reflejada en el proceso de positivación y en el de internacionalización. Los principales textos del primero se refieren a

¹ Vid. KALBAG, L., *Accessibility for Everyone*, A Book Apart, New York 2017.

² Vid., AA.VV., *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I, Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, (dirigido por Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández), Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid 1998.

derechos naturales de todo ser humano, mientras que el segundo, está presidido precisamente por un texto que recoge esa dimensión en su propia formulación (la Declaración Universal de Derechos Humanos). Por otro lado, como es sabido, la génesis histórica de los derechos humanos se lleva a cabo a través de la aportación de dos grandes direcciones doctrinales: el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo³. Y como ha señalado Pérez-Luño, ambas concepciones tienen en común el postular unas facultades jurídicas básicas comunes a todos los individuos⁴.

Igualmente es posible afirmar que se trata de una idea presente en los procesos de generalización y de especificación. No obstante, en estos su proyección es más problemática. En efecto, la principal característica del proceso de generalización es la extensión de la titularidad y el ejercicio de los derechos, lo que sin duda está en armonía con la universalidad. Sin embargo, las consecuencias de este proceso, se traducen en el reconocimiento de unos derechos cuya satisfacción no es universal. Tal vez la relevancia de los bienes sí es universal pero no el ejercicio de los derechos relacionados con ellos e incluso en ocasiones su titularidad. Y en relación con el proceso de especificación, algunos derechos fundamentales afectan exclusivamente a ciertos colectivos (niños, mujeres, mayores, personas con discapacidad, etc.), lo que sin duda condiciona la idea de universalidad. Sin embargo ésta permanece en términos de generalización (pertenecen a todas las personas mayores, a todas las mujeres, etc.), y la especificación se relaciona con supuestas situaciones de desventaja respecto a determinados bienes que otros colectivos tienen satisfechos o protegidos a través de ciertos instrumentos. En este punto, la universalidad se comprende si se observa en su relación con la igualdad.

La idea de igualdad está presente en el presupuesto del discurso sobre la justificación de los derechos y también en el sentido y el carácter de los bienes que estos protegen. Sólo es posible abandonarla defendiendo, por ejemplo, una visión parcial de la idea de individuo (por ejemplo otorgando valor moral sólo a aquellos que reúnan unas determinadas características) o dando prioridad a un tipo de derechos sobre otros (lo que normalmente va asociado a lo anterior). Y conviene hacer notar que la defensa de esas posiciones se enfrenta e incluso puede hasta llegar a situarse fuera de un discurso de los derechos.

La igualdad en este discurso se presenta como un criterio de distribución de los derechos (de los bienes que estos protegen) presentando dos proyecciones: la igualdad como diferenciación

³ Vid. FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid 1984, pp. 104 y ss.

⁴ Vid. PÉREZ LUÑO, A.E., "La universalidad de los derechos humanos", en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL, J.A., *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 52 y ss.

negativa y la igualdad como diferenciación positiva. La primera supone un trato igual de circunstancias o situaciones diferentes que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de las normas. En relación con los derechos implica la no diferenciación en lo referido a su titularidad, ejercicio y garantías. Por su parte, la igualdad como diferenciación positiva, supone un trato diferente de circunstancias y situaciones que se consideran relevantes.

Dentro del proceso de generalización, es posible encontrarnos con el manejo de estas dos proyecciones de la igualdad. En efecto, aunque es común afirmar, que se trata de un proceso en el que la idea de igualdad formal es sustituida, o mejor compaginada, con la de igualdad material, no debe ser pasado por alto que una de las principales características de este proceso es la extensión de la satisfacción de los derechos a ciertos sujetos o colectivos, lo que en términos de igualdad se corresponde con la diferenciación negativa. Pero igualmente, este proceso plasmará también una idea de igualdad como diferenciación positiva a través de la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte, en el proceso de especificación, la idea de igualdad que se maneja es la de la diferenciación positiva. Se trata de proteger a ciertos individuos y colectivos que se encuentran en una situación especial, a través del reconocimiento de derechos específicos.

De esta forma, universalidad e igualdad, son dos ideas estrechamente relacionadas y que se proyectan tanto en la dimensión ética de los derechos como en la jurídica⁵. Dentro de la dimensión ética, la universalidad expresa la atribución de un igual valor a todo ser humano lo que implica la exigencia de una consideración igualitaria de estos. En la dimensión jurídica, la consecución de esta idea exige un trato igual no incompatible con la atención a la diferencia y, por tanto, con el trato diferente. En este sentido, la teoría de los derechos, en su proyección jurídica, condicionada siempre por la dimensión moral, se abre a la posibilidad de la diferenciación positiva justificada. Y con ello, puede renunciar a la universalidad de los derechos siempre que ello no suponga renunciar a la universalidad ética. Dicho de otro modo, la teoría de los derechos en su aspecto jurídico, no exige la universalidad de los derechos, siempre y cuando se siga manteniendo el valor universal de los bienes que estos protegen. Aunque la diferenciación positiva implica dejar a un lado la universalidad, exige que las razones que la justifican sean coherentes con la universalidad ética.

⁵ DE ASÍS, R., "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos", en CAMPOY, I. (coord.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos y la inmigración*, Dykinson, Madrid 2006, pp. 35 y ss.

Es importante así diferenciar, con Gregorio Peces-Barba, entre universalidad a priori y a posteriori⁶. Para el profesor Peces-Barba, la universalidad de los derechos afecta a su dimensión moral, es decir, a una característica de las pretensiones morales justificadas, que puede faltar cuando nos encontremos en la dimensión jurídica. La universalidad sería pues una característica de la moralidad de los derechos pero no necesariamente de su juridicidad.

La teoría de los derechos está abierta a la diferenciación siempre y cuando puedan aportarse razones morales no incompatibles con el propio discurso y por tanto, no contradictorias con la universalidad ética.

Lo anterior sirve para entender como se manifiesta la accesibilidad universal en el Derecho, compartiendo el ideal ético de la universalidad y la igualdad que no está reñido con el reconocimiento de la diferencia.

De esta forma, la accesibilidad universal en el discurso de los derechos exige la posibilidad de facilitar el acceso de todos a todo, dicho de otra manera, el acceso de toda persona a todos los derechos y a todos los bienes, lo que no está reñido con el trato diferente y específico.

No es así extraño que la accesibilidad universal se exprese en un primer momento a través de lo que se ha denominado como diseño universal o para todos.

Se trata de un principio que surge en la década de los años setenta del siglo XX si bien a través del término "diseño sin barreras"⁷ y que se concreta en siete principios: (i) uso equitativo; (ii) uso flexible; (iii) uso simple e Intuitivo; (iv) información perceptible; (v) tolerancia al error; (vi) bajo esfuerzo físico; (vii) adecuado tamaño de acceso y uso.

El diseño universal exige que todo sea accesible, tanto lo ya elaborado, configurado o construido, como aquello que está por elaborar, configurar o construir. Por eso, se manifiesta en ocasiones a través de medidas (medidas de accesibilidad) que tratan de hacer accesible aquello que se hizo en un determinado momento, de manera justificada, como no accesible.

La implantación del diseño universal permite que el mayor número de personas (independientemente de su condición o situación) pueda comprender y usar bienes, productos, entornos y servicios, contribuyendo así a la satisfacción de la accesibilidad universal. No se expresa necesariamente en actuaciones generales, sino que puede manifestarse también como actuaciones concretas e incluso individuales.

⁶ Vid. PECES-BARBA, G., "La moralidad de los derechos humanos", en *Tiempo de Paz*, n. 29-30, 1993, pp. 10 y ss.

⁷ En la determinación de este principio, un arquitecto norteamericano Ron Mace, jugará un papel fundamental, destacando que no se trataba de una nueva ciencia sino de una toma de conciencia expresión del sentido común.

La exigencia de accesibilidad que se manifiesta a través de la satisfacción de la obligación del diseño universal (en donde se engloban las medidas) no es así incompatible con tratos específicos. Ni tampoco esta exigencia es incompatible con tratos individuales o ajustes, cuando por alguna razón justificada el diseño no pueda producirse.

El diseño para todas las personas y los ajustes razonables son las estrategias a través de las cuales se satisface la exigencia de la accesibilidad universal. Su insatisfacción no justificada supone una clara discriminación, cuya relevancia aumenta si de lo que se trata es del acceso a un bien considerado como derecho.

Ahora bien, como no podría ser de otro modo, es posible encontrarnos con situaciones en las que se produzcan limitaciones a un derecho y, por tanto, a la accesibilidad. En el ámbito de la accesibilidad, estas limitaciones van a ser, en general de dos tipos susceptibles de identificar con los términos de posibilidad y razonabilidad. Más adelante me referiré a ello.

De esta forma, la idea de accesibilidad acompaña la historia de los derechos y se convierte en un elemento clave de su propio concepto. Así, el disfrute de los derechos requiere de la posibilidad de acceso y su ausencia puede implicar una discriminación. Y también hay derechos cuyo contenido se expresa en forma de acceso a algún bien (sufragio pasivo) o como medio de acceso (derecho de asistencia letrada).

2.- ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y DISCAPACIDAD

La conexión entre accesibilidad y no discriminación acentúa la importancia de la primera en relación con personas y colectivos en situación de vulnerabilidad.

Como es sabido, la discapacidad “es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). De esta forma, la lucha contra las barreras es un componente esencial del discurso de los derechos de las personas con discapacidad.

Así, la accesibilidad, aunque es una exigencia universal⁸, cobra fuerza en el ámbito de la discapacidad, donde se vincula a la idea de posibilidad y aparece como discurso contra la discriminación.

⁸ Como señala el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE), de 21 de enero de 2014, sobre “La accesibilidad como un derecho humano para las personas con discapacidad”, del que fue ponente Yannis Vardakastanis (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52013IE3000&from=EN&lang3=choose&lang2=choose&lang1=EN>), la accesibilidad es “un concepto válido para el conjunto de la

Y es que posibilidad y no discriminación son dos de los referentes de la reflexión sobre los derechos de las personas con discapacidad. La primera como alternativa a la “hegemonía” de la capacidad o, si se prefiere, a la construcción de lo humano desde el discurso abstracto de la capacidad⁹. La segunda como llamada de atención de la situación creada y no natural en la que se encuentran las personas con discapacidad.

En todo caso, la accesibilidad es un elemento esencial del discurso de la discapacidad o, si se prefiere, la discapacidad es una situación que surge, precisamente, por la falta de accesibilidad.

2.1.- El marco general

El artículo 9 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) se refiere a la accesibilidad universal afirmando: “A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”.

Por su parte, la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (LGDPD), en su artículo 2, al definir la accesibilidad, concreta la idea de acceso, haciendo referencia a la comprensión, el uso y la práctica: “es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible”.

2.1.1.- Accesibilidad en sentido restringido y en sentido amplio

Pero la accesibilidad está presente a lo largo de toda la CDPD. Aparece explícitamente, como ya hemos visto, en el artículo 9, en el que se vincula a ámbitos como el entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Pero luego aparece en otros artículos como acceso a la

sociedad, y no únicamente para las personas con discapacidad” (punto 3.1 del Dictamen).

⁹ “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho, poder”, en CAMPOY, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, n.2*, Dykinson, Madrid 2004, pp. 59 y ss.

información (arts. 9 y 21), la movilidad personal (art. 20), la educación (art. 24), la salud (art. 25), el empleo (art. 27), la protección social (art. 28), la participación política (art. 29) o la participación en el ocio, la cultura y el deporte (art. 30). Por su parte, en la LGDPD la accesibilidad aparece en el 5 y 22 vinculada a ámbitos como las telecomunicaciones y sociedad de la información; los espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; los transportes; los bienes y servicios a disposición del público; las relaciones con las administraciones públicas; la Administración de justicia; el Patrimonio cultural; el Empleo. Pero además, está luego presente al referirse a la toma de decisiones (art. 6), la salud (art. 10), educación (arts. 16 y 18), actividad profesional (art. 17), edificación (arts. 25 y 26), justicia (art. 28), empleo (art. 35 y ss.), protección social (arts. 48 y ss.), participación política (arts. 53 y ss.).

En este sentido, como he señalado en otros lugares, la accesibilidad posee dos sentidos: el restringido y el amplio. Y es que el artículo 9 de la CDPD menciona tres grandes derechos (vida independiente, de la participación en la vida social y de la igualdad de oportunidades) como justificación de la accesibilidad. Además, en el preámbulo de la Convención puede leerse que la accesibilidad es importante “para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Por su parte, la LGDPD, en su artículo 5, incorpora el acceso a la justicia y el empleo como ámbitos de accesibilidad.

La accesibilidad en un sentido restringido se proyecta en productos, objetos, instrumentos, herramientas, entornos, servicios...; la accesibilidad en un sentido amplio, se proyecta, además, en bienes y derechos.

2.1.2.- El eje de la accesibilidad

En otros trabajos me he referido al eje de la accesibilidad como el marco que sirve para identificar el sistema de derechos de las personas con discapacidad. Este eje está compuesto por el diseño universal y los ajustes razonables¹⁰.

Tal y como se establece en la LGDPD, la accesibilidad presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entienden sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse” (art. 2).

Así, en un sentido integral, la accesibilidad se expresa de dos maneras: (i) como diseño universal, que funciona como un principio general fuente de obligaciones específicas, y que puede expresarse en sentido estricto o como medidas de accesibilidad; (ii) como ajuste

¹⁰ DE ASÍS, R., “El eje de la accesibilidad y sus límites”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 1, 2016, pp. 51 y ss.

razonable, que surgen cuando está justificado que el diseño universal no se haya satisfecho.

Conviene advertir, como ya he dicho al comienzo, que el eje de la accesibilidad no es un marco exclusivo de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, en lo que sigue me referiré a su proyección en ese ámbito.

El diseño universal en sentido estricto coincide con la definición de esta institución contenida en la CDPD: “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado”. En todo caso, es importante advertir que la LDGPD añade más proyecciones en consonancia con su forma de entender la accesibilidad: procesos, bienes, objetos, instrumentos, dispositivos, herramientas. Las medidas de accesibilidad no aparecen como tales en la CDPD aunque pueden equipararse, prácticamente, al diseño universal. El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, se ha referido implícitamente a ellas cuando en el punto 24 del Comentario General núm. 2 sobre accesibilidad dice: “Debe hacerse una clara distinción entre la obligación de garantizar el acceso a todos los nuevos objetos, infraestructuras, bienes, productos y servicios que se diseñen, construyan o produzcan, y la obligación de eliminar las barreras y asegurar el acceso al entorno físico y el transporte, la información y la comunicación, y los servicios abiertos al público que ya existan”¹¹. La LGDPD las contempla al referirse en sus arts. 63, 65 y 66 a las exigencias de accesibilidad y a las exigencias de eliminación de obstáculos. Se trata de actuaciones que tienden a corregir situaciones en las que el diseño universal no se ha satisfecho de manera justificada, esto es, porque no era posible. Están dirigidas a convertir el producto, entorno, programa, servicio y/o derechos (como veremos inmediatamente) en utilizable, ejercible, practicable, comprensible.

Por su parte, los ajustes razonables son “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2 CDPD). Ahora bien, la LGDPD añade que los ajustes están para facilitar la accesibilidad y la participación. Con carácter general, los ajustes razonables adquieren su significado cuando el bien de la accesibilidad no se puede satisfacer de manera universal, ya sea a través del diseño universal o de las medidas de accesibilidad, y se convierte así

¹¹ Disponible en:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2&Lang=en

en un auténtico derecho destinado a remediar esa situación individual¹².

La diferencia entre diseño (y medidas) y ajustes, tiene que ver, principalmente con el carácter general del primero, frente al individual del segundo. Esta diferencia ha servido a algunos para afirmar que el diseño universal es una estrategia insatisfactoria a la hora de abordar la accesibilidad real, apoyándose en la diversidad existente dentro de la discapacidad. Esto ha ocurrido, especialmente en el campo de la accesibilidad cognitiva.

No obstante, tanto en la CDPD como en la LGDPD se aclara que el diseño universal no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten. De alguna manera, esto supone una suerte de excepción a esa idea de diseño universal que descarta cualquier adaptación o diseño especializado. Esto significa que en ocasiones podrá entenderse como diseño medidas destinadas a grupos de personas con discapacidad¹³. De esta forma es posible hablar de un diseño universal impropio (dirigido a grupos de personas).

Así, el diseño universal se expresa de tres maneras: (i) en sentido estricto y propio, que supone tener en cuenta el acceso de las personas con discapacidad en la propia configuración de cualquier cosa; (ii) en sentido estricto impropio, que implica realizar actuaciones concretas de accesibilidad hacia grupos de personas con discapacidad en la configuración de cualquier cosa; (iii) medidas de accesibilidad, que implica realizar actuaciones destinadas a garantizar el acceso a cosas ya configuradas por parte de todas personas con discapacidad o por parte de grupos de personas con discapacidad.

2.1.3.- El contenido de la accesibilidad

Diseño y ajustes, aparecen en los dos sentidos de accesibilidad, el restringido y el amplio. Así, el diseño universal puede ser una obligación relacionada, por ejemplo, con el acceso o la práctica de un derecho y, lo mismo puede ocurrir con los ajustes, que pueden manifestarse como una adaptación necesaria para el acceso o la práctica de un derecho.

¹² El diseño para todos ha sido especialmente reivindicado frente a las medidas de accesibilidad, como principio más acorde con una visión de la discapacidad no estigmatizadora, señalándose que las medidas de accesibilidad se enmarcan dentro de un discurso especial que no favorece la inclusión de las personas con discapacidad. En efecto se afirma que muchas de las políticas para favorecer la accesibilidad consisten en la adopción de medidas especiales para determinados colectivos o personas que perpetúan una imagen de "anormalidad" ciertamente incompatible con la filosofía del modelo social de la discapacidad.

¹³ Siendo esta una manera de superar las críticas dirigidas en ocasiones al diseño universal, en el sentido de que no sirve para todos a la vista de la diversidad humana.

En todo caso, el contenido del eje de la accesibilidad en lo referido a las personas con discapacidad, esto es, el contenido del diseño y los ajustes, se expresa, en términos generales, a través de la idea de apoyo y asistencia. Y es que como hemos visto, el diseño implica configurar algo como susceptible de ser utilizado por todos, lo que incluye, diseño universal en sentido estricto y propio, tener en cuenta a las personas con discapacidad en su propia configuración (apoyar y asistir desde el principio el acceso); diseño universal en sentido estricto impropio, esto es, realizar actuaciones concretas hacia las personas con discapacidad (apoyar y asistir el acceso a través de adaptaciones generales); y, medidas de accesibilidad, generales a todas las personas o a las personas con discapacidad que participan de los sentidos anteriores. Por su parte, los ajustes suponen el apoyo o la asistencia al acceso dirigida a personas concretas en situaciones también concretas.

Los apoyos y la asistencia se pueden manifestar a través del diseño de técnicas, instrumentos o procedimientos, o también mediante la colaboración de personas.

De esta forma, como he señalado en otros lugares, es posible destacar dos grandes significados de los apoyos, estrechamente conectados. Por un lado, aquel que los conecta con el ejercicio de los derechos (los apoyos son necesarios para poder disfrutar de un derecho en igualdad de condiciones que los demás), como por ejemplo lo apoyos en el ámbito educativo o el empleo con apoyo, en el ámbito laboral. Por otro, aquel que los conecta con el ejercicio de la capacidad, que tiene que ver por tanto también con los derechos y, en concreto, con la toma de decisiones.

De igual manera, es posible referirse a tres grandes sentidos de asistencia, estrechamente relacionados. Por un lado aquel conectado con el ejercicio de los derechos, en relación con la vida independiente, identificándose con el primer significado de los apoyos. Por otro, aquel vinculado con lo que se entiende como actividades básicas (o fundamentales) de la vida diaria¹⁴. Por último, aquel vinculado a la atención al desarrollo y que constituye auténticos derechos (atención temprana, atención socio-educativa, atención socio-sanitaria).

Los apoyos y la asistencia pueden ser tratados de manera conjunta poseyendo cuatro proyecciones: (i) la del ejercicio de los derechos; (ii) la de la toma de decisiones; (iii) la de las actividades básicas (o fundamentales) de la vida diaria; (iv) la de la atención al desarrollo. En ocasiones, las dos últimas coinciden con la primera al ser la actividad o la atención el contenido de un derecho y, de esa forma, consustancial a su ejercicio.

Pues bien, dentro de los apoyos y la asistencia es posible diferenciar una proyección universal, en donde tienen cabida el

¹⁴ Art. 2 de la Ley española 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

diseño (servicio de apoyo en un juzgado), incluso en su dimensión particular (servicio de apoyo a un colectivo de discapacidad concreto) y un ámbito individual, en donde entran en juego los ajustes (apoyo concreto a una persona).

2.2.- La construcción jurídica

El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, en su Observación General núm. 2, sobre la accesibilidad universal, relaciona a esta con el derecho de acceso. Como es sabido, este derecho aparece en el artículo 5,f) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, en el que se afirma: “El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques”.

En *Sobre discapacidad y derechos*¹⁵, retomando un discurso que elaboramos en un antiguo trabajo *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*¹⁶, señalaba la posibilidad de concebir la accesibilidad de cuatro formas diferentes, no excluyentes sino complementarias: como un principio jurídico, como parte del contenido esencial de todo derecho fundamental, como una exigencia de no discriminación y como un derecho a la accesibilidad de bienes, productos y servicios no relacionados con los derechos humanos.

Pues bien, dejando a un lado su presencia como principio jurídico, desde la diferenciación entre sentido restringido y sentido amplio de accesibilidad, es posible diferenciar tres construcciones jurídicas diferentes de la accesibilidad. Así, desde el sentido restringido, la accesibilidad puede aparecer como un derecho singular, mientras que desde el sentido amplio, puede aparecer como parte del contenido de los derechos humanos o como acción positiva.

El derecho a la accesibilidad, como derecho singular, es el derecho a la accesibilidad de bienes, productos y servicios no relacionados directamente con los derechos humanos. Es un derecho prestacional que posee como situación correlativa la obligación del diseño para todos. Se trata de un significado conectado con el discurso de los derechos de los consumidores y usuarios.

El derecho a la accesibilidad como parte del contenido de los derechos humanos, a su vez, puede tener diferentes proyecciones. En línea de principio, en este ámbito, la accesibilidad se presenta como el contenido esencial de todo derecho, incluidos los derechos fundamentales, y se manifiesta a través de aquellas medidas que permiten el acceso, el uso y la práctica de un derecho¹⁷. Se trata así

¹⁵ Dykinson, Madrid 2013.

¹⁶ Dykinson, Madrid 2007.

¹⁷ Como señaló el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 8 de abril de 1981, el contenido esencial de un derecho es violado “cuando el derecho queda

de una exigencia susceptible de defender jurídicamente al hilo de la defensa de cualquier derecho fundamental.

Ahora bien, en ocasiones, estos contenidos de accesibilidad que posibilitan el ejercicio de un derecho se han constituido en derechos singulares adquiriendo una individualidad propia. El alcance de estos derechos puede ser muy diferente. Piénsese por ejemplo en el derecho de acceso a la justicia o el derecho al intérprete (ambos puede entenderse como concreción del derecho al debido proceso, pero el segundo, incluso, como concreción del primero).

La construcción de la accesibilidad como derecho o como contenido de los derechos, permite también relacionarla con la no discriminación. Así, la ausencia de accesibilidad puede tener como resultado una situación de discriminación prohibida por nuestro artículo 14 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre), y por el artículo 5 de la CDPD¹⁸.

Por último, es posible integrar en el eje de la accesibilidad a las acciones positivas¹⁹. Como es sabido, las acciones positivas son medidas que diferencian a favor de un colectivo desfavorecido y protegido constitucionalmente contra la discriminación y que tienen como objetivo su igualdad material como grupo²⁰. En España, el artículo 2,g) de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad define a las medidas de acción positiva como, “aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”. Respecto al contenido de las medidas de acción positiva, el artículo 68,1 dice: “Las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables”. Así, se trata de acciones que se expresan también en términos de asistencia y/o apoyo²¹.

De esta forma, es posible relacionar las medidas de accesibilidad con las acciones positivas y entender a éstas como parte de la accesibilidad en sentido amplio. En contra de esta visión está el posicionamiento del Comité sobre los derechos de la personas con discapacidad quien en su observación núm. 6 sobre Igualdad y No

sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, la dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

¹⁸ Vid. la Sentencia 3/2018, de 22 de enero de 2018 del Tribunal Constitucional.

¹⁹ Vid. MARTINEZ PUJALTE, A-L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, CINCA, Madrid 2015, pp. 23 y ss. No en vano, la LGDPD, en su artículo 80, las introduce en el marco de la accesibilidad.

²⁰ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona 2004, pp. 316 y ss.

²¹ En España por ejemplo, el empleo con apoyo es configurado por la normativa como acción positiva. Vid. el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

Discriminación señala, al diferenciar los ajustes de las medidas de acción positiva, que se trata de “medidas específicas implican un trato preferente a las personas con discapacidad respecto de las demás para solucionar la exclusión histórica y sistemática o sistémica de los beneficios derivados del ejercicio de los derechos”. Pues bien, en mi opinión, las medidas de acción positiva no son privilegios sino medidas de lucha contra la discriminación que se diferencian de los ajustes en que son colectivas y, en este sentido, tienen que ver, principalmente, con las medidas de accesibilidad. Un ejemplo de este tipo de medidas serían las cuotas dentro del mercado laboral.

2.3.- Los límites

La diferenciación entre la accesibilidad como derecho singular y la accesibilidad como parte del contenido los derechos, es fundamental a la hora de analizar sus límites, sobre todo teniendo en cuenta de que en el segundo caso, nos desenvolvemos en el ámbito de los derechos fundamentales.

En este ámbito, como es sabido, los límites sólo son admisibles si se trata de bienes y derechos de igual valor, y existe una diferenciación entre los ámbitos público (obligación de respetar, de promover y de prestar) y privado (obligación de respetar y de promover).

Pues bien, en otros lugares señalé la posibilidad diferenciar tres grandes tipos de límites a la accesibilidad: (i) los límites de lo necesario (tipo de bienes, productos o servicios sobre los que se proyecta la accesibilidad); (ii) los límites de lo posible (situación del conocimiento científico, diversidad humana, carga, actitudinal); (iii) los límites de lo razonable (ausencia de justificación de la accesibilidad al afectar a otros derechos y bienes o al constituir un coste desproporcionado).

Sin embargo, es difícil referirse a los límites de lo necesario en relación con la accesibilidad. Estos límites aparecen cuando la ausencia de accesibilidad está justificada al demandarse ésta en ámbitos no relacionados con la vida independiente, la participación social y la igualdad de oportunidades. Y es difícil encontrar un ámbito ajeno a estos tres referentes (incluyen lo privado y lo público, lo individual y lo social, la ausencia de discriminación). Otra cosa ocurre con los otros dos tipos de límites.

Los límites de lo posible que se proyectan básicamente sobre el diseño universal²² tienen tres sentidos.

²² No olvidemos que la LGDPD, en su artículo 2, al definir la accesibilidad, concreta la idea de acceso, haciendo referencia a la comprensión, el uso y la práctica ojo habla también de lo posible: “es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible”.

El primero de ellos, poco problemático al relacionarse con una vieja máxima jurídica (“*ad impossibilia nemo tenetur*”), justifica la falta de accesibilidad en el estado del conocimiento y la diversidad humana. La accesibilidad puede encontrar sus límites en el estado de la ciencia y la técnica y, también, en la posibilidad de conocer la diversidad humana.

El segundo sentido, ya más problemático, tiene que ver con actitudes. La exigencia de lo posible se traduce en exigencia de razonabilidad en un sentido particular. Y es que, existen ámbitos sociales en los que el proceso de implementación del modelo social como enfoque general de tratamiento de la discapacidad es más lento y requiere una modificación muy sensible de su estructura. Así por ejemplo, la consecución de un mercado laboral abierto e inclusivo choca con una concepción del trabajo capacitista y esencialmente orientada al logro de beneficios empresariales. El modelo social exige un cambio de esta concepción y esto es difícil lograrlo en un breve espacio de tiempo. Y algo parecido ocurre en el ámbito educativo. Obviamente esto no quiere decir que no exista la obligación de ir hacia un mercado laboral inclusivo o hacia un sistema educativo inclusivo. Ni tampoco que debemos permanecer impasibles ante situaciones en las que los derechos de las personas con discapacidad no se satisfacen. Simplemente se trata de ser conscientes de las dificultades que tiene en estos ámbitos la satisfacción de la obligación del diseño universal y entender como una vía temporal de su superación puede ser la realización de ajustes razonables, siempre y cuando se haya probado que tampoco es posible realizar el diseño universal “concreto” (esto es el que se dirige a un grupo).

Se trata de un límite problemático porque dependiendo de su justificación, será asumible o no. En cierto sentido, esta posibilidad la contempla también el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, aunque proyectado en unos ámbitos para mí mucho más discutibles, cuando en su Comentario general núm. 6 sobre Igualdad y No Discriminación, dice: “Dado que la realización gradual de la accesibilidad en el entorno construido, el transporte público y los servicios de información y comunicación puede llevar tiempo, cabe utilizar ajustes razonables entre tanto como medio para facilitar el acceso a una persona, por ser una obligación inmediata” (punto 42)²³. Ahora bien, este límite y esta argumentación se vuelve aún más problemática cuando se presenta en términos económicos. Y esto suele ocurrir en la normativa²⁴. Más adelante me referiré a esa proyección.

²³ Disponible en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en

²⁴ Véase por ejemplo el artículo 7 referido a la carga desproporcionada del Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.

El tercero de los sentidos, también problemático, tiene que ver con las consecuencias. En este caso, la exigencia de lo posible se traduce en exigencia de razonabilidad y proporcionalidad, y requiere tener en cuenta cómo afecta la accesibilidad a los derechos y cuál es su coste. Ahora bien, se trata de dos cuestiones que no pueden separarse, estando la segunda condicionada por la primera. Como he señalado, más adelante volveré sobre ello.

Los límites de lo razonable, que hemos visto que aparecen ya al hilo de los anteriores, adquieren significado en los ajustes. Y es que la justificación del ajuste exige su razonabilidad en dos momentos. En el primero, lo razonable del ajuste radica en la existencia de una falta de accesibilidad justificada y por lo tanto no discriminatoria; en el segundo, lo razonable del ajuste radica en que no se traduce en una carga indebida o desproporcionada.

En todo caso, la razonabilidad no puede ser una válvula de escape de la exigencia del diseño universal y convertirse en una estrategia que permita ocultar verdaderos casos de discriminación.

Es habitual encontrarse en la regulación de los ajustes criterios a tener en cuenta a la hora de determinar su razonabilidad. Así por ejemplo, el art. 66,2 de la LGDPD, señala: "A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda...".

Ahora bien, a la hora de determinar la idea de razonabilidad, en el marco de la accesibilidad y, más concretamente en los ajustes, hay que diferenciar según estemos en presencia de la accesibilidad en un sentido restringido o en un sentido amplio. Es decir, la razonabilidad, y con ello los límites al ajuste, serán diferentes según estemos ante la accesibilidad como derecho singular o ante la accesibilidad como contenido esencial de un derecho. Y es que la relevancia del ajuste razonable en el marco de la accesibilidad en sentido restringido es menor que la del ajuste razonable en el marco de la accesibilidad en sentido amplio. En este segundo caso, estamos dentro del discurso de los derechos, lo que exige, al menos, tener en cuenta dos tipos de consideraciones.

La primera de ellas tiene que ver con la exigencia de proporcionalidad, criterio presente a la hora de valorar la limitación de los derechos. Esta exigencia, en lo referente al ajuste supone: (i) examinar si los bienes que se sacrifican con el ajuste pueden ser satisfechos con otras medidas o solo dejando de realizar el ajuste, (ii) evaluar si hay medidas (ajustes) mejores; (iii) comparar las ventajas y sacrificios sobre los derechos que supone su adopción.

En este sentido, para determinar la razonabilidad del ajuste, en términos generales, habrá que tener en cuenta: a) los derechos que se sacrifican por realizar el ajuste; b) la existencia de medidas

alternativas que pueden contrarrestar los efectos del ajuste; c) la discriminación que produce realizar o no el ajuste; d) el coste del ajuste.

La segunda de las consideraciones se refiere a la fuerza del argumento del coste. Y es que, la cuestión de los costes tiene un alcance diferente dependiendo de que estemos en la accesibilidad como derecho o la accesibilidad como contenido esencial de los derechos.

Es evidente que los derechos han estado siempre limitados por su efectiva posibilidad económica de realización. Tradicionalmente se habla de límites materiales de los derechos para aludir a condicionantes que imposibilitan la satisfacción de los bienes o necesidades que están detrás.

Entre los ejemplos más utilizados a la hora de referirse a los límites materiales se encuentra la alusión a la escasez. Ahora bien, el significado de la escasez como límite material de los derechos debe intentar ser completamente a-valorativo. En este sentido, debe ser expresión de la escasez natural y no de una escasez construida, esto es, aquella que tiene su origen en decisiones humanas, en opciones que sitúan algún otro bien que es considerado como más relevante²⁵. En estos casos, el límite a un derecho se produce no porque realmente sea imposible satisfacerlo, sino porque se sitúa a ese derecho por debajo de otro bien. Así, realmente es un caso de ponderación entre dos derechos o bienes.

La atención al coste económico como límite a los derechos se ha producido también de la mano de la llamada "reserva de lo posible". La expresión reserva de lo posible tiene su origen en Alemania a comienzos de los años setenta²⁶ para recalcar la dependencia de los derechos económicos sociales y culturales de la capacidad económica de Estado y con ello para dejar sin justificación, por irrazonable, la satisfacción de estos cuando exijan un desembolso económico desproporcionado²⁷.

Ahora bien, limitar un derecho por su coste excesivo no es un argumento que pueda tener cabida en el discurso de los derechos, salvo que se demuestre que dicho coste daña de manera insoportable otros derechos. Y en este punto lo relevante no es el coste en sí sino la afectación al derecho. La economía es un instrumento que, como tal, debe estar al servicio de los derechos y no éstos al servicio de la economía.

²⁵Vid. ANSUÁTEGUI, F.J., "Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos", en *Estado & Direito*, n. 7-0, 1991-92, pp. 147 y ss.

²⁶ En concreto, suele señalarse como primera sentencia en la que se recoge esta cláusula la dictada en 1972 y reconocida como *numerus clausus*. El argumento de la reserva de lo posible desde ese momento ha estado en tensión con el argumento del mínimo existencial. Vid. GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito constitucional e teoria das Constituições*, Almedina, Coimbra 1998, p. 439.

²⁷ Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Rivendicando i diritti social*, trad. de P. Chiarella, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2014, pp. 24 y ss.

Un derecho puede encontrar sus límites en un coste excesivo siempre y cuando ese coste se exprese como insatisfacción de otros derechos. De esta forma, como he señalado en otro lugar, la utilización “de un argumento basado en un coste desproporcionado del ajuste, deberá ser examinado con mucha precaución e incluso considerarlo carente de justificación cuando ese coste no conlleve una insatisfacción real y evidente de derechos humanos de otras personas. Esto es, el coste como argumento independiente del disfrute de los derechos no puede tener cabida aquí. Su uso, como argumento admisible en el discurso de los derechos, requiere de su conexión con estos (en el sentido de expresar una limitación de los derechos de otros). Pero además, deberá evaluar el coste que conlleva la insatisfacción del bien en términos de falta de inclusión o de segregación”²⁸.

La construcción del ajuste razonable y sus límites que acabo de exponer, se enfrenta a la manera en la que concibe esta institución el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Y es que el Comité, en su Comentario General núm. 6, sobre Igualdad y No Discriminación²⁹, señala que la obligación de realizar el ajuste posee dos partes: “la primera impone una obligación jurídica positiva de proporcionar ajustes razonables, que constituyen una modificación o adaptación que sea necesaria y adecuada, cuando se requiera en un caso particular para garantizar el goce o ejercicio de los derechos de una persona con discapacidad. La segunda parte asegura que los ajustes requeridos no impongan una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos” (punto 25).

A partir de aquí, en el mismo punto señala que “`ajustes razonables’ es un único término y `razonables’ no debe interpretarse erróneamente como una cláusula de excepción”. Y sigue: “Por el contrario, la razonabilidad de un ajuste hace referencia a su pertinencia, idoneidad y eficacia para la persona con discapacidad. Por tanto, un ajuste es razonable si logra el objetivo (o los objetivos) para el que se realiza y si está diseñado para satisfacer los requerimientos de la persona con discapacidad”. En este sentido, para el Comité, la razonabilidad del ajuste tiene que ver con su pertinencia, idoneidad y eficacia (por cierto, términos que se usan normalmente para identificar el principio de proporcionalidad que es algo que parece eludir en este momento el Comité), pero no con su coste. Para el Comité: “La “carga desproporcionada o indebida” debe entenderse como un concepto único que establece los límites de la obligación de proporcionar ajustes razonables”.

En el punto 26 de las Observaciones se refiere a algunos de los elementos que guían la aplicación de la obligación de realizar ajustes

²⁸ DE ASIS, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p.124.

²⁹ Disponible en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en

razonables. De su lectura, parece deducirse que la razonabilidad del ajuste se produce cuando se busca eliminar barreras a derechos (lo que he denominado en algún momento como límites de lo necesario) y cuando es factible (lo que he denominado como límites de lo posible). Por su parte, en la aplicación del ajuste razonable habrá que examinar si impone una carga desproporcionada, para lo cual “hay que evaluar la proporcionalidad que existe entre los medios empleados y la finalidad, que es el disfrute del derecho en cuestión”. Y en este punto se señala que: “Entre los posibles factores que deben tenerse en cuenta figuran los costos financieros, los recursos disponibles (incluidos los subsidios públicos), el tamaño de la parte que ha de realizar los ajustes (en su integralidad), los efectos de la modificación para la institución o empresa, las ventajas para terceros, los efectos negativos para otras personas y los requisitos razonables de salud y seguridad”.

De todo lo anterior se deduce la posibilidad de que puedan darse situaciones en la que un ajuste razonable no se lleve a cabo por su coste. Algo así como que el ajuste era razonable pero la carga desproporcionada. Pues bien, esta manera de entender el ajuste lo separa del discurso de los derechos humanos y es difícilmente compatible con la idea de que la denegación del ajuste produce discriminación (que es algo que está meridianamente claro en la Convención y que la Observación desde el principio y a lo largo de todo su texto defiende).

3.- BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I, Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, (dirigido por Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández), Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid 1998.

ANSUÁTEGUI, F.J., "Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos", en *Estado & Direito*, n. 7-0, 1991-92.

ANSUATEGUI ROIG, F.J., *Rivendicando i diritti social*, trad. de P. Chiarella, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2014.

CAMPOY, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, n.2*, Dykinson, Madrid 2004.

Comité Económico y Social Europeo (CESE), Dictamen de 21 de enero de 2014, sobre “La accesibilidad como un derecho humano para las personas con discapacidad”, ponente Yannis Vardakastanis, Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52013IE3000&from=EN&lang3=choose&lang2=choose&lang1=EN>

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comentario General núm.2, Disponible en:

- https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2&Lang=en).
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comentario General núm.6, Disponible en:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en
- DE ASÍS, R., "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos", en CAMPOY, I. (coord.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos y la inmigración*, Dykinson, Madrid 2006.
- DE ASÍS, R., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid 2007.
- DE ASÍS, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid 2013.
- DE ASÍS, R., "El eje de la accesibilidad y sus límites", en *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 1, 2016
- FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid 1984.
- GIMÉNEZ GLUCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona 2004.
- GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito constitucional e teoria das Constituições*, Almedina, Coimbra 1998.
- KALBAG, L., *Accessibility for Everyone*, A Book Apart, New York 2017.
- MARTINEZ PUJALTE, A-L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, CINCA, Madrid 2015.
- PECES-BARBA, G., "La moralidad de los derechos humanos", en *Tiempo de Paz*, n. 29-30, 1993.
- PÉREZ LUÑO, A.E., "La universalidad de los derechos humanos", en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL, J.A., *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid 2000.

EL VIRUS DE LA INCERTIDUMBRE*

THE UNCERTAINTY VIRUS

Daniel Romero Campoy**

RESUMEN: El presente ensayo toma como punto de partida varios artículos de opinión con el propósito de reflexionar sobre varias cuestiones que han surgido a raíz de la crisis sanitaria, económica y social del COVID-19. La pandemia ha puesto de relieve distintos asuntos trascendentales de nuestra sociedad: la desigualdad, el uso de la tecnología, la percepción de la realidad, el lenguaje, la solidaridad o los servicios públicos.

ABSTRACT: *This essay takes as a starting point various opinion articles whose the purpose is to think on various issues that have arisen as a result of the health, economic and social crisis of COVID-19. The pandemic has highlighted several important issues in our society: inequality, use of technology, perception of reality, language, solidarity, or public services.*

PALABRAS CLAVE: covid-19, crisis, filosofía, sociología, solidaridad.

KEYWORDS: *covid-19, crisis, philosophy, sociology, solidarity.*

Fecha de recepción: 24/04/2019

Fecha de aceptación: 28/04/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5510>

* Ensayo realizado para la asignatura de Sociología Jurídica del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid.

** Alumno del Máster en Estudios Avanzados de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: 100062997@alumnos.uc3m.es

1.- INTRODUCCIÓN

La pandemia a escala global del COVID-19 ha originado una situación sin precedentes. La fácil propagación del virus ha llevado a los gobiernos de numerosos países a decretar estados de alarma o de emergencia e imponer medidas de confinamiento masivo y control de las personas, limitando así algunos derechos. Se habla de una triple crisis: sanitaria, económica y política. Sin embargo, cabe pensar también en una posible crisis identitaria e idiosincrática. Una crisis social. Analicemos algunos términos. *Crisis* deriva del griego *krísis* -decisión-, del verbo *kríno*; es decir, separar, juzgar o decidir. Esta etimología nos sugiere otro tipo de términos como la palabra *crítica*, que proviene del griego *kritikos*. En otras palabras, las crisis nos ofrecen potencialmente un cambio y una reflexión del estado de cosas anterior al *punto crítico*¹. Ahora bien, esta crisis del COVID-19 es ciertamente particular, tanto por el contexto sociopolítico actual como por las singulares medidas que se están implementando. Ante este nuevo horizonte se origina una multiplicidad de preguntas, propuestas, respuestas y explicaciones radicalmente diferentes. Incluso hay autores que insinúan que nos hallamos ante un nuevo paradigma. Con buen criterio, el sociólogo y antropólogo francés Marcel Mauss ha afirmado que el coronavirus es un "hecho social total", dado que es un fenómeno que pone en juego la totalidad de las dimensiones de lo social².

Por todo ello, este texto tratará de abordar tal cuestión desde un punto de vista de la sociología jurídica, intentado arrojar algunas reflexiones sobre el propio objeto de este ámbito del conocimiento: el origen, la aplicación, las transformaciones, los problemas o la eficacia de las relaciones entre el Derecho y la sociedad. Tal y como propone Boaventura de Sousa Santos, la sociología jurídica no puede sino ser crítica. Por tanto, con la ayuda de una filosofía de la sospecha, se hace necesaria la emancipación de nuestros pensamientos y nuestras costumbres, de una determinada visión de la realidad normalizada. Así es, las siguientes líneas nos arrojarán más interrogantes que certezas.

2.- EL ARKHÉ SOCIOLOGICO DEL VIRUS

El mundo que conocemos se compone de innumerables realidades en las que existen luchas por dominar el discurso sobre la interpretación de los hechos y los valores. Si bien es verdad que existen algunos monólogos que tienden a parecer hegemónicos. Así

¹ El *punto crítico* es aquel que una vez superado no habría vuelta a atrás. Sería el acontecimiento que divide dos concepciones de la realidad en mayor o menor medida diferentes.

² Pablo Santoro, "Coronavirus: la sociedad frente al espejo", *Ethic*, 16 de marzo de 2020, <https://ethic.es/2020/03/sociologia-del-coronavirus-la-sociedad-frente-al-espejo/>

identificamos la globalización capitalista, la libertad como imperativo o la seguridad como dispositivos que nos colocan en razonamientos e ideas preconcebidas, algunas de ellas contradictorias entre sí. En este sentido, una vez más se acudirá al concepto de paradigma³, acuñado por Thomas Kuhn, para poder evidenciar que este ensayo parte de una construcción occidental crítica al analizar la crisis del COVID-19.

En rigor, toda propuesta o reflexión procede de un contexto, no surge de la nada, las causas no son incausadas. Por consiguiente, hay un origen, aunque difuso, del contexto actual. Sin pretensión de detallar todos los presupuestos de la situación actual, se puede señalar que nos hallamos inmersos en un sistema neoliberal de duras tensiones en torno a la soberanía nacional, de un auge del populismo, de una marcada ausencia crítica ilustrada, de tiempos de la posverdad, de la exclusión de la diferencia, de una sociedad global individualista, competitiva, poco organizada y conformista en el plano de la política y de lo público.

No obstante, lo descrito parte de lo evidente, de lo obvio (del latín, *obvius*; ob -hacia- y vía -camino-, lo que está enfrente). Así pues, a través de una lectura de la sociología de las ausencias⁴, se habilita una visión donde se puede descubrir lo oculto, lo invisible o descartable. Nos muestra una alternativa a la racionalidad imperante, a la monocultura del conocimiento o del productivismo capitalista; ofreciendo una ecología de saberes⁵. En esta línea, la sociología jurídica se abre a otros campos del conocimiento. Faculta, por ende, a una interpretación metafórica de la noción de virus, porque este agente patógeno es, ante todo, el virus de la incertidumbre. Revela la misma condición humana que la dinámica diaria suele ocultar, porque esta crisis está exponiendo nuestras debilidades como individuos y como sociedad, subraya la frágil condición de todo ser vivo, la necesidad de un Otro, la angustia de la propia existencia. Asimismo, nos sitúa cara a cara con las tensiones que surgen entre las personas y el Derecho, la justicia, las necesidades ajenas, los servicios públicos o la importancia de la política. En definitiva, La pandemia del COVID-19 ha sacado a luz muchas ausencias que estaban veladas, ha provocado que una serie de emergencias broten del agua contaminada del discurso dominante.

3.- HERÁCLITO Y PARMÉNIDES 2.0

³ En "La estructura de las revoluciones científicas" (1962), Thomas Kuhn nos indica que un paradigma es un conjunto de creencias, valores o técnicas compartidas por una comunidad de científicos situada en un lugar y un momento histórico concreto.

⁴ Boaventura de Sousa Santos, "Des-pensar para poder pensar", en *Descolonizar el saber. Reinventar el poder* (Montevideo: Ediciones Trilce, 2010), 11-27.

⁵ Boaventura de Sousa Santos, "Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes", en *Descolonizar el saber. Reinventar el poder* (Montevideo: Ediciones Trilce, 2010), 29-61.

Los relatos clásicos de la Modernidad se van desvaneciendo, apareciendo así la era posmoderna, como algunos intelectuales apuntan. Si esto es cierto, tampoco estarían en un plano de ruptura total con los valores anteriores, ya que el prefijo 'pos' incluye aquello que deja atrás. Al igual que en una posguerra, la imagen de la misma guerra y sus consecuencias no desaparecen. A partir de los años 60 del siglo pasado se empieza a cuestionar las nociones de verdad o poder. Pero a pesar de estas corrientes críticas, que también serán abordadas desde el Derecho, se han ido elaborando nuevos imaginarios sociales. De modo que en las democracias liberales todo puede ser cuestionable, salvo la lógica del capital. Incluso las dictaduras han tomado la forma del neoliberalismo económico. Si el dinero es el Dios, el libre mercado es el dogma y el capitalismo su religión⁶. Es la única verdad. Lo que es, es; y lo que no es, no es. Y el capitalismo y la globalización económica son. Así es como las grandes empresas se han convertido en sistémicas. Nos conducen a una suerte de nueva *aletheia*, a la única y verdadera organización social posible. Cualquier cambio que ocurra dentro de sus límites será mera ilusión o engaño, acaso podrán acontecer meras modificaciones siempre que no comporten una ruptura del sistema. Porque no todo el mundo cree en la misma corriente política, ni siquiera todos creen en una divinidad, pero no hay nadie que no crea en el dinero, incluso sus más fervientes críticos.

Siguiendo este símil, las lecturas de los artículos de opinión escritos por Byung-Chul Han y Slavoj Žižek evocan diferentes relatos en torno a los posibles cambios sustanciales o relativos que pudiera desembocar la crisis del COVID-19. Mientras que el filósofo esloveno aboga por un fin del capitalismo donde el virus marca los límites de la globalización mercantil y del populismo nacionalista⁷, el profesor surcoreano recalca que ningún virus puede acabar con el capitalismo, ya que aísla e individualiza a los seres humanos. En este sentido, de haber algún cambio, se dará respecto a la seguridad y el control social⁸.

Los acontecimientos como esta pandemia alimentan la sensación de catástrofe y de cambio radical, ya sea en el sentido de una revolución social o de una distopía autoritaria. Pero esa sensación catastrofista tiene que ser apaciguada por la reflexión y el estudio

⁶ Es una idea que se ha repetido en numerosas ocasiones. Véase estas dos citas emblemáticas de Martín Lutero: "el dinero es el Dios de este mundo", o Walter Benjamin: "capitalismo como religión".

⁷ Slavoj Žižek, "El coronavirus nos obliga a decidir entre el comunismo global o la ley de la jungla", *Contexto y acción*, 17 de marzo de 2020, <https://ctxt.es/es/20200302/Firmas/31388/Slavoj-Zizek-coronavirus-comunismo-capitalismoglobalizacion-economia.htm>

⁸ Byung-Chul Han, "La emergencia viral y el mundo de mañana", *El País*, 22 de marzo de 2020, <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>

sosegado. Y aun con todo, la crisis es incertidumbre. Ni siquiera los expertos aciertan en los pronósticos de corto alcance. “Qué ocurrirá después” es el interrogante. La mayoría de los intelectuales y cronistas hacen conjeturas sobre el devenir o las múltiples opciones que se abren ante esta crisis. Como enseñaba Heráclito, nadie se baña dos veces en el mismo río, porque ni el río es el mismo ni la persona es la misma que se introduce por segunda vez en las aguas. El conocimiento se hallaría en todo caso en la multiplicidad. Todo se transforma y el uso de la razón es la única herramienta para desentrañar ese conocimiento que fluye como la corriente de un río. La conciencia de la incertidumbre como deconstrucción de lo estable, como potenciador del cambio. Aunque de otro lado, Boaventura de Sousa Santos avisa que “cuando se vuelve permanente, la crisis se convierte en la causa que explica todo lo demás. Por ejemplo, la crisis financiera permanente se utiliza para explicar los recortes en las políticas sociales (salud, educación, bienestar social) o el deterioro de las condiciones salariales. Se impide, así, preguntar por las verdaderas causas de la crisis. El objetivo de la crisis permanente es que ésta no se resuelva”⁹.

Muchos expertos apuntan a que parte de nuestras costumbres, sobre todo las sanitarias, se verán afectadas. Por ejemplo: acostumbrándonos al uso de mascarillas cuando tengamos síntomas de cursar alguna enfermedad contagiosa, como ya ocurre en los países asiáticos. Otros indican que esta crisis servirá como un pretexto idóneo para volver a reivindicar lo público, una ética de los cuidados y mejorar las relaciones entre personas por medio de una mayor solidaridad y colaboración ciudadana. Esto puede desembocar en un cambio de mentalidad de una sociedad que reclame nuevas exigencias. Es cierto que la semilla está plantada, pero nadie sabe si brotará de la tierra una vez hayan pasado unos meses desde el restablecimiento de la vida cotidiana. Sin embargo, en este punto, se debe tener presente la fácil disociación que realizamos entre nuestros valores y nuestros actos. Una de las cuestiones es saber si los lazos entre las personas de un mismo círculo -como estamos presenciando en acciones solidarias durante este confinamiento domiciliario- se extenderán con redes gruesas y amplias al resto de cohabitantes, si estos compartirán las mismas exigencias y si, finalmente, se organizaran para crear un determinado cambio¹⁰. Saber si ese mismo adhesivo social de las culturas latinas y mediterráneas que ha provocado que el COVID-19 se propague rápidamente, será también

⁹ Boaventura de Sousa Santos, “*Virus*. Todo lo sólido se desvanece en el aire”, La Jornada, 20 de marzo de 2020, <https://www.jornada.com.mx/2020/03/20/opinion/009a1pol>

¹⁰ Mar Calpena, “La fuerza de los lazos débiles”, *Contexto y Acción*, 22 de marzo de 2020, <https://ctxt.es/es/20200302/Politica/31435/vallcarca-andres-villena-solidaridad-coronavirus-mar-calpena.htm>

el que proporcione ese esperado giro por parte de algunos sectores de la sociedad.

La tensión en la política internacional es evidente. Estados Unidos y China o la Unión Europea entre sus países miembros son claros ejemplos de ello. Tanto Jürgen Habermas como Luigi Ferrajoli defienden una vía europea cosmopolita y solidaria, lo que dista mucho de las últimas tensiones entre el frente España-Italia-Portugal y el eje Países Bajos-Alemania. Tras los últimos acontecimientos, el filo del cambio no tiene una dirección clara: desde el comienzo del fin de la Unión Europea a una reorganización más equitativa y solidaria de los intereses comunes de todos los países que la integren. En la actualidad cada gobierno nacional tiene su propio camino en base a una insensata visión de la soberanía, pero como señala el filósofo del Derecho italiano: "las emergencias globales como la del coronavirus deben afrontarse en la medida de lo posible a escala supranacional, no solo en garantía de la igualdad en derechos de todos los ciudadanos europeos, sino también de su eficacia, que depende en buena parte de la coherencia y homogeneidad de las medidas"¹¹. Y la ausencia de estas medidas puede desembocar en un cambio importante en la política europea. En este sentido, Thierry Breton, comisario europeo de Mercado Interior, cree que esta crisis "escribirá un nuevo mundo con otras reglas"¹². La cuestión es saber qué reglas serán. Efectivamente, Naomi Klein nos vuelve a advertir que esta situación es idónea para aplicar *la doctrina del shock* e introducir políticas impopulares de corte neoliberal o autoritario¹³.

Resulta curioso que los dogmas de la política económica como la austeridad o el crecimiento productivo se vean entredicho a través de esta crisis. Han proclamado la austeridad y el control del gasto público como una *conditio sine qua non* de la economía liberal, forzando incluso modificaciones jurídicas sustanciales, como ocurrió en la Constitución española. Dogmas que han supuesto la desaparición de las prácticas de los derechos sociales y han llevado a incrementar la desigualdad social. La pantalla de los derechos sociales que nos había alumbrado durante varias décadas parece apagarse lentamente.

¹¹ Braulio García Jaén, "Luigi Ferrajoli, filósofo: <<Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata>>", *El País*, 28 de marzo de 2020,

<https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html>

¹² Álvaro Sánchez, "Thierry Breton: <<Tras esta crisis se escribirá un nuevo mundo con otras reglas>>", *El País*, 31 de marzo de 2020,

<https://elpais.com/economia/2020-03-31/thierry-breton-tras-esta-crisis-se-escribira-un-nuevo-mundo-con-otras-reglas.html>

¹³ Naomi Klein, entrevistada por Marie Solis, "Como la élite tratará de beneficiarse de la pandemia. Entrevista a Naomi Klein", *Sin permiso*, <http://sinpermiso.info/textos/como-la-elite-mundial-tratara-de-beneficiarse-de-la-pandemia-entrevista-a-naomi-klein>

4.- BLACK MIRROR & THE NEW BIG BROTHER

Respecto a los derechos de los ciudadanos, las limitaciones y los controles han sido asumidas como loables y coherentes. El asunto estriba en conocer si las personas normalizarán estas restricciones en sus vidas diarias después del estado de alarma. La biopolítica y la biovigilancia pueden avanzar un peldaño más alto con el pretexto de la seguridad y la salud¹⁴. Según Paul B. Preciado nos hallamos en una sociedad de transición, de cambio, pues “estamos pasando de una sociedad escrita a una sociedad ciberoral, de una sociedad orgánica a una sociedad digital, de una economía industrial a una economía inmaterial, de una forma de control disciplinario y arquitectónico, a formas de control [...] mediático-cibernéticas”¹⁵, así es como corremos el riesgo de no ser inmunes a la normalización de la imposición de las medidas de control -a través de los teléfonos móviles- que permitan una fuerte intromisión a nuestra intimidad y libertad, que paradójicamente nos proporcionaría inmunología a otras amenazas externas.

La vigilancia desmedida que proyectaba la popular serie Black Mirror está más cerca que nunca de cumplirse. La tecnología ha sido siempre diana de críticas catastrofistas. También ha mejorado nuestras vidas en muchos sentidos. Lo tecnológico es ambivalente. Sí, pero puede someternos a un férreo control no visible. No es de extrañar entonces que la informática, los dispositivos móviles y el manejo de los *macrodatos* sean considerados los nuevos panópticos o el nuevo Gran Hermano. Al menos hay que reconocer que tienen esa potencialidad. Basta estudiar el caso ‘Big Brother Watch and Others v UK’ del Tribunal Europeo de Derecho Humanos¹⁶, de 2018. La biovigilancia no es una distopía lejana, sino una realidad oculta. Una realidad que puede verse multiplicada cualitativamente por la pandemia del miedo y de las ausencias, lo que nos puede trasladar a una nueva concepción sobre las limitaciones de los derechos fundamentales en la ponderación de los intereses constitucionales en juego. Es la necesidad de controlar al virus de la incertidumbre el que nos puede abocar a un nuevo paradigma de los derechos y de las libertades de los individuos.

5.- LA AUSENCIA ANIMAL

En todo caso, Preciado recalca que la imposición de fronteras y el control ciudadano -tanto físico como cibernético- no asegurará nuestra salud, sino que vendrá dada por un nuevo equilibrio con los

¹⁴ Roberto Esposito, “*Biopolítica y coronavirus*”, *Filosofía&co*, 24 de marzo de 2020, <https://www.filco.es/biopolitica-y-coronavirus/>

¹⁵ Paul B. Preciado, “Aprendiendo del virus”, *El País*, 28 de marzo de 2020, https://elpais.com/elpais/2020/03/27/opinion/1585316952_026489.html

¹⁶ Puede consultarse en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-186048>

otros seres vivos del planeta y con nosotros mismos¹⁷. En esta línea, es asombroso como la causa primigenia del coronavirus no ha sido de gran relevancia. Si bien su origen no es incuestionable, se especula que proviene de la ingesta de la carne de un animal, ya sea de un murciélago o de un pangolín. A raíz de esta crisis, pocos artículos periodísticos¹⁸ son los que hacen hincapié en nuestra relación con la naturaleza y, en particular, con el resto de los animales que cohabitamos la Tierra. He aquí una de las ausencias más llamativas del debate público, dado que el dogma de la explotación animal es incuestionable, como ya lo fue en la crisis del ébola, del VIH, de “las vacas locas” o la “gripe aviar”. Comenzar con la batería de reflexiones en torno a la cuestión animal sería como abrir la caja de Pandora, ya que es evidente el auge de movimientos ecologistas y animalistas en esta última década. De momento, China ha prohibido temporalmente el consumo de especies salvajes, pero más por una razón de control sanitario que por el propio hecho del consumo. Evidentemente es necesario mitigar la propagación del COVID-19, pero conocer y reflexionar sobre los porqués de esta pandemia también lo es. Como se ha dicho, el origen de la mutación de muchos virus es de transmisión animal. Ahora es el momento propicio para ser conscientes de la importancia a nivel global de que son muchas las personas que viven en malas condiciones de higiene y sanitarias, en ciudades sobrepobladas, hacinadas y en alto riesgo de zoonosis¹⁹.

Sin embargo, otras ausencias sí se han puesto encima del tapete mediático: la importancia de los servicios públicos, el trabajo indispensable de muchos trabajadores o el abandono del individualismo exacerbado. No obstante, el desierto de las ausencias sigue creciendo.

6.- EL ESPEJISMO DE LO NECESARIO

“El desierto crece”²⁰ pero atisbamos un espejismo en la línea del horizonte. ¿Será real aquel oasis que podemos ver? Comparando épocas anteriores al avance del neoliberalismo, parece que la individualidad y el egoísmo van ganando terreno en el desierto capitalista. Es desierto porque no reconocemos a nuestra sociedad como un elemento esencial de nosotros; porque la consideración del dolor ajeno y de la solidaridad cada vez parecen escasear más; porque lo necesario parece ser contingente, un mero espejismo que aparece y desaparece, un espejismo que a veces sigue visible gracias

¹⁷ Preciado, “*Aprendiendo del virus*”,...

¹⁸ Entre ellos destacaría: “Is factory farming to blame for coronavirus?”, de The Guardian; “5 graves epidemias causadas por virus que saltaron de animales a humanos”, de BBC Mundo; o “El mensaje de los murciélagos”, de La Vanguardia.

¹⁹ Domingo Pascual, “Coronavirus, la caja de Pandora ‘made in China’”, La Verdad, 3 de marzo de 2020, <https://www.laverdad.es/opinion/coronavirus-caja-pandora-20200303004227-ntvo.html>

²⁰ Friedrich Nietzsche, *Así hablaba Zaratustra* (Madrid: EDAF, 1984), 227.

a la ayuda de varias asociaciones no gubernamentales y colaboradores anónimos.

La crisis del coronavirus ha visibilizado el desmantelamiento de los servicios públicos y aquellos trabajos precarios pero esenciales para la sociedad. De igual modo, ha mostrado la necesidad de las personas que excluimos: personas de avanzada edad, personas sin hogar, personas cuyos ingresos son escasos o pagados sin cotización, personas dependientes o con necesidades especiales y personas que trabajan en la tarea de los cuidados. Incluso desde una perspectiva interseccional podría afirmarse en términos generales que la exclusión afecta más a las mujeres y los inmigrantes.

El desierto sigue creciendo, porque en esta crisis las preocupaciones humanitarias sobre los refugiados e inmigrantes han pasado a un quinto plano. El desierto sigue creciendo, porque esta crisis está afectando con mayor dureza a las personas con pocos recursos. En Italia, recientemente, una parte de la población está pasando hambre y amenazan con sustraer comida de los supermercados para alimentar a sus familias. Porque las medidas no son suficientes, y en esa insuficiencia se ocultan las ausencias.

Esta solidaridad podría calificarse entonces de situada, porque se limita a un cierto contexto de emergencia y a un círculo cercano de personas. Sería, en términos de Richard Rorty, esa solidaridad pragmática y no universal, circunscrita a las personas con las que nos identificamos²¹. Por eso, lo relevante sería pasar de una ética individual a una ética pública de la Modernidad, donde esa solidaridad sea institucionalizada y exigida por los ciudadanos, sin perjuicio de los actos individuales que sustentarían tales demandas. Transitando, de este modo, de una solidaridad entre 'nosotros' a una solidaridad para "ellos".

7.- LAS PERSONAS DEL VERBO

Desde un punto de vista antropológico, sirva de ejemplo las tesis de Yuval Noah Harari, se atestigua que lo característico del ser humano es la capacidad de cooperar de forma flexible y en masa, en buena medida gracias al lenguaje complejo y abstracto. El llamado éxito de nuestra especie se debe en parte a estos rasgos. Pero esta cooperación es ambivalente, ostenta una vertiente positiva y otra negativa. Estamos habilitados para una solidaridad capaz de acabar con el sufrimiento de muchas personas y de compensar las condiciones concretas de cada territorio. Y, sin embargo, también somos capaces del genocidio, de los campos de concentración y de discriminar de forma estructural a otros seres humanos. Así es, la cooperación viene dada por la imaginación. Creamos metáforas, piezas artísticas, religiones, el deporte, el dinero o el Derecho.

²¹ Javier Truchero Cuevas, "Rorty y la solidaridad", *Anuario de filosofía del derecho*, nº 25 (2008): 385-406.

Tenemos la capacidad de proyectarnos en el futuro, de vivir un mero pensamiento. Representamos el mundo a través de las personas del verbo: yo, tú, él, ella, nosotros, vosotros, ellos; incluso podemos representarlo por medio del lenguaje inclusivo, de un 'nosotres'. Aquí se evidencia que las personas del verbo crean fronteras, no necesariamente nocivas, pero en muchas ocasiones las interpretamos como muros ante la diferencia. El Derecho es una de las prácticas donde se puede observar esos contrastes. El filósofo Giorgio Agamben visualizó esa exclusión de un 'ellos' como el *homo sacer*, es decir, una vida despojada de toda significación, de un otro excluido de la sociedad pero que no puede ser sacrificado de forma explícita. Lo jurídico se hace eco de esa 'persona sagrada' al excluirla de la protección del Estado. El Derecho suele ser una representación general de lo que la sociedad entiende por lo normal, lo que dicta la norma. Como ya se ha comentado, nuestras sociedades son individualistas y parten de un 'yo' radical. Y si el odio y la discriminación nos devuelven al mundo de la primera persona del singular y del plural, el amor y la solidaridad nos abren las puertas a la segunda y tercera persona del singular y del plural. El lenguaje, esa herramienta, esa arma de doble filo, esa esponja, esa piedra que normaliza cierta representación del mundo. Por ende, si el ser humano ordena su propia realidad, la pregunta central sería la siguiente: ¿qué tipo de lenguaje y qué personas del verbo utilizaremos para cimentar nuestra sociedad una vez termine el confinamiento?

8.- LENGUAJE Y DISCIPLINAMIENTO

Tal vez los límites del lenguaje no son los límites del mundo personal²², pero desde luego que disponen a una particular concepción del mundo. En una ocasión escuché que "los conceptos son afectos, porque nos afectan". Y cuando, ante una crisis sanitaria y social, se habla de guerra no es de forma gratuita, como así lo han hecho varios gobiernos. Las palabras construyen realidad y emociones. La metáfora de la guerra disciplina a ciudadanos aterrados. En una guerra se combate, hay una violencia intrínseca, hay un enemigo que derrotar. Y sin embargo el enemigo es invisible, no ataca con armamento. Tal vez sea porque no es un enemigo ni estamos en una guerra. Nos hallamos ante una catástrofe. La metáfora es del todo errónea y capciosa, pues como afirman Santiago Alba Rico y Yayo Herrero: "[l]a guerra, violencia armada, es precisamente la negación del cuidado, masculinidad errada, justificación del sacrificio de vidas humanas en aras de una causa superior. Ahora bien, no debemos olvidar que aquí la 'causa superior'

²² Parafraseando la famosa cita del filósofo Ludwig Wittgenstein: "los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo".

es precisamente la salvación de todas y cada una de las vidas humanas en peligro”²³.

En la actualidad, si existen enemigos seríamos nosotros mismos. Hemos creado el caldo de cultivo de números virus, de enfermedades cardiovasculares y respiratorias, de estilos de vida deplorables e insanos, de una atomización e idiotización²⁴ de la sociedad, de la elevación de valores superficiales, del aprecio del mero espectáculo por encima del conocimiento, de desechar las necesidades de los más necesitados, de despreciar valores democráticos y constitucionales a expensas de creencias ancladas en el ideario del clasismo y del capitalismo. En esta línea, Byung-Chul Han, siguiendo la argumentación de algunos de sus libros, como “La sociedad del cansancio” o “En el enjambre”, resalta que “[l]os peligros no acechan hoy desde la negatividad del enemigo, sino desde el exceso de positividad, que se expresa como exceso de rendimiento, exceso de producción y exceso de comunicación. La negatividad del enemigo no tiene cabida en nuestra sociedad ilimitadamente permisiva. La represión a cargo de otros deja paso a la depresión, la explotación por otros deja paso a la autoexplotación voluntaria y a la autooptimización. En la sociedad del rendimiento uno guerrea sobre todo contra sí mismo”. Y esta distopía tan vívida se estructura por medio del mismo lenguaje que nos capacita a tejer redes solidarias y afectivas. Acaso este enemigo, ese ‘yo’, que ve como una amenaza al diferente o bien nos obliga a desistir de pensar por uno mismo -obedeciendo órdenes como un simple autómatas-, siempre ha habitado en nuestras entrañas. Pero de momento no nos ha dado muerte, simplemente nos ha herido.

9.- NO HACE AL MUERTO LA HERIDA²⁵

En una ocasión escribí que a veces nos acostumbramos a lo absurdo, que abrazamos espejismos e intentamos encajar las piezas perdidas, pero que la vida cambia constantemente a destiempo, y en cada giro nos damos cuenta de que nada regresa al punto de partida. Esta pequeña reflexión es parte del poema titulado “la densidad de la ausencia”, extraído del libro homónimo editado por Ediciones Vitruvio. Me parece pertinente traer a colación esta idea, ya que

²³ Santiago Alba Rico y Yayo Herrero, “¿Estamos en guerra?”, *Contexto y acción*, 22 de marzo de 2020,

<https://ctxt.es/es/20200302/Firmas/31465/catastrofe-coronavirus-guerra-cuidadosciudadanos-ejercito-alba-rico-yayo-herrero.htm>

²⁴ La palabra ‘idiota’ significa etimológicamente: el que solo se ocupa de sus intereses privados. Proviene del griego *idiotēs*, cuya raíz es *idio* (propio), y en la Antigua Grecia esta palabra representaba aquella persona que no se ocupaba de asuntos públicos, lo que posteriormente derivó a identificar como idiotas a las personas que padecían un grado de discapacidad mental.

²⁵ Primer verso del poema XXI, en el libro “Donde habite el Olvido”, de Luis Cernuda.

sugiere que a través de determinados sucesos somos conscientes de algunas ausencias que creíamos inexistentes o eran infravaloradas. En definitiva, a pesar del prominente escepticismo de este texto, lo cierto es que existe la posibilidad del cambio, que todo gran acontecimiento habilita a un salto abisal, a una 'amistad cívica', a tejer unos lazos fuertes entre todas las personas del verbo, a un tránsito a una cultura emancipatoria, a una visión más solidaria de nuestras vidas privadas. Así es, que la austeridad de las políticas públicas se torne en una austeridad del consumo y del individualismo. Cuenta Habermas, que Herbert Marcuse y él reflexionaban sobre la fundamentación de la base normativa de la teoría crítica y Marcuse, ya en el hospital, dos días antes de morir, le comentó "Ahora ya sé en qué se fundan nuestros juicios de valor más elementales: en la compasión, en nuestro sentimiento por el dolor de los otros"²⁶. Y esta anécdota refleja claramente la única certeza que la crisis del COVID-19 nos ha mostrado a todos. Algo fundamental para fomentar una sociedad más justa y una auténtica defensa y promoción de los derechos humanos.

10.- BIBLIOGRAFÍA

Calpena, Mar. "La fuerza de los lazos débiles". *Contexto y Acción*, 22 de marzo de 2020.

<https://ctxt.es/es/20200302/Politica/31435/vallcarca-andres-villena-solidaridad-coronavirus-mar-calpena.htm>

Cortina, Adela. "Jürgen Habermas: la vía europea al cosmopolitismo". *El País*, 15 de junio de 2019.

https://elpais.com/cultura/2019/06/12/babelia/1560360406_929939.html

De Sousa Santos, Boaventura. "Des-pensar para poder pensar". En *Descolonizar el saber. Reinventar el poder*, 11-27. Montevideo: Ediciones Trilce, 2010.

De Sousa Santos, Boaventura. "Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes". En *Descolonizar el saber. Reinventar el poder*, 29-61. Montevideo: Ediciones Trilce, 2010.

De Sousa Santos, Boaventura. "Virus. Todo lo sólido se desvanece en el aire". *La Jornada*, 20 de marzo de 2020.

<https://www.jornada.com.mx/2020/03/20/opinion/009a1pol>

Esposito, Roberto. "Biopolítica y coronavirus". *Filosofía&co*, 24 de marzo de 2020. <https://www.filco.es/biopolitica-y-coronavirus/>

García Jaén, Braulio. "Luigi Ferrajoli, filósofo: <<Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata>>". *El País*, 28 de marzo de 2020.

²⁶ Adela Cortina, "Jürgen Habermas: la vía europea al cosmopolitismo". *El País*, 15 de junio de 2019, https://elpais.com/cultura/2019/06/12/babelia/1560360406_929939.html

<https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html>

Han, Byung-Chul. "La emergencia viral y el mundo de mañana". *El País*, 22 de marzo de 2020.

<https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>

Klein, Naomi. Entrevistada por Marie Solis. "Como la élite tratará de beneficiarse de la pandemia. Entrevista a Naomi Klein". *Sin permiso*.

<http://sinpermiso.info/textos/como-la-elite-mundial-tratara-de-beneficiarse-de-la-pandemia-entrevista-a-naomi-klein>

Nietzsche, Friedrich. *Así hablaba Zaratustra*. Madrid: EDAF, 1984.

Pascual, Domingo. "Coronavirus, la caja de Pandora 'made in China'". *La Verdad*, 3 de marzo de 2020.

<https://www.laverdad.es/opinion/coronavirus-caja-pandora-20200303004227-ntvo.html>

Preciado, Paul B. "Aprendiendo del virus". *El País*, 28 de marzo de 2020.

https://elpais.com/elpais/2020/03/27/opinion/1585316952_026489.html

Rico, Santiago Alba y Herrero, Yayo. "¿Estamos en guerra?". *Contexto y acción*, 22 de marzo de 2020.

<https://ctxt.es/es/20200302/Firmas/31465/catastrofe-coronavirus-guerra-cuidadosciudadanos-ejercito-alba-rico-yayo-herrero.htm>

Sánchez, Álvaro. "Thierry Breton: <<Tras esta crisis se escribirá un nuevo mundo con otras reglas>>". *El País*, 31 de marzo de 2020.

<https://elpais.com/economia/2020-03-31/thierry-breton-tras-esta-crisis-se-escribira-un-nuevo-mundo-con-otras-reglas.html>

Santoro, Pablo. "Coronavirus: la sociedad frente al espejo". *Ethic*, 16 de marzo de 2020.

<https://ethic.es/2020/03/sociologia-del-coronavirus-la-sociedad-frente-al-espejo/>

Truchero Cuevas, Javier. "Rorty y la solidaridad". *Anuario de filosofía del derecho*, nº 25 (2008): 385-406.

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2008-10038500408_ANUARIO_DE_FILOSOF%3%8DA_DEL_DERECHO_Rorty_y_la_solidaridad

Žižek, Slavoj. "El coronavirus nos obliga a decidir entre el comunismo global o la ley de la jungla". *Contexto y acción*, 17 de marzo de 2020.

<https://ctxt.es/es/20200302/Firmas/31388/Slavoj-Zizek-coronavirus-comunismo-capitalismoglobalizacion-economia.htm>

JUSTICIA TRANSICIONAL Y CUESTIONES SOCIALES Y ECONÓMICAS

Un análisis en tiempos de anormalidad*

TRANSITIONAL JUSTICE AND ECONOMIC AND SOCIAL ISSUES
An analysis in abnormal times

Andrea Ordoñez Cañón**

RESUMEN: El modelo paradigmático de Justicia Transicional se caracteriza por la protección de derechos civiles y políticos y el predominio de la justicia retributiva. La exportación de este modelo a sociedades en posconflicto ha develado las conexiones entre cuestiones sociales y económicas, tales como, pobreza, corrupción y desigualdades, y el logro de una transición efectiva a la democracia. Este artículo analiza la relación entre dichas cuestiones sociales y económicas y la Justicia Transicional a la luz de la teoría del discurso y de las categorías de discurso anormal y normal, utilizadas por Nancy Fraser en el análisis de la teoría de la justicia.

ABSTRACT: *The paradigmatic model of Transitional Justice is characterized by the protection of civil and political rights and the predominance of retributive justice. The export of this model to post-conflict societies has revealed the connections between social and economic issues, such as poverty, corruption and inequalities, and the achievement of an effective transition to the democracy. This article analyzes the relationship between these social and economic issues and Transitional Justice in light of the theory of discourse and the categories of abnormal and normal discourse, used by Nancy Fraser in the analysis of theory justice.*

PALABRAS CLAVE: justicia transicional, democracia, derechos sociales y económicos, pobreza, posconflicto.

KEYWORDS: *transitional justice, democracy, socio-economic rights, poverty, post-conflict.*

Fecha de recepción: 18/11/2019

Fecha de aceptación: 20/12/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5511>

* Artículo basado en la investigación del mismo nombre presentada en 2017 para optar al título de Máster de Estudios Avanzados de Derechos Humanos, de la Universidad Carlos III de Madrid.

** Abogada, Máster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia y Máster en Estudios Avanzados de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: andreaordonezcanon@gmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de justicia transicional usualmente se hace referencia a un conjunto de medidas típicas como comisiones de verdad, juicios criminales y programas de reparación, aplicados por una sociedad para hacer frente a un pasado de graves violaciones de derechos humanos, con el objetivo de promover la reconciliación y la democracia¹. Tradicionalmente estas medidas se han asociado con la investigación de vulneraciones a los derechos civiles y políticos, así como también se han vinculado con una agenda de transformaciones ligadas a la democracia liberal y a las corrientes neoliberales. Las experiencias del cono sur que desembocaron en *democracias de baja intensidad*, ideadas para mantener la estabilidad política, pero con poca atención a la justicia social reflejan esta noción paradigmática de la justicia transicional².

Sin embargo, en los últimos años las transiciones en países con índices de desarrollo más bajos y usualmente empobrecidos han reclamado la inclusión de cuestiones sociales y económicas en la agenda de la justicia transicional³. En escenarios de cambio político

¹ ICTJ, ¿Qué es la justicia transicional?,

<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>

² B. GILLS y J. ROCAMORA, "Low intensity democracy", *Third World Quarterly*, vol. 13, núm. 3, 1992, pp. 501-523). B.DE SOUSA SANTOS, *Renovar la Teoría Crítica y Reinventar la Emancipación Social*, CLACSO, Buenos Aires, 2006.

³ Para efectos de este artículo la mención a las cuestiones sociales y económicas refiere a un amplio abanico de elementos relacionados con los derechos económicos y sociales, la justicia social y la política económica en las agendas en transición. El desarrollo de estos aspectos sobrepasa los alcances del presente escrito, en tal sentido, para la determinación de estos, y para su conceptualización se han seguido los trabajos elaborados por Ester Muñoz Nogal y Felipe Gómez Isa y, por Lisa Hecht y Sabine Michalowski. Los primeros se refieren a la dimensión socioeconómica de la justicia transicional y, dentro de esta categoría incluyen dos grupos de elementos: i) "crímenes económicos, política económica y desarrollo", y; ii) violencia estructural, violencia sistémica y desigualdades horizontales, como violaciones estructurales de los derechos económicos y sociales. Por su parte, las segundas, se refieren a las dimensiones económicas y sociales para aludir a los crímenes económicos, las políticas económicas, la violencia estructural, derechos sociales y económicos y desarrollo, y complicidad corporativa presentes en transiciones a la democracia. Cabe advertir que la literatura sobre el tema no ofrece un tratamiento unificado de estas categorías y, por el contrario, es dable observar una vaguedad en el lenguaje utilizado. De hecho, como lo indican Muñoz y Gómez, los debates actuales del campo no solo versan sobre el rol de la justicia transicional ante las dimensiones sociales y económicas, sino también se centran en la definición misma de esta categoría. De esta suerte, los términos usados a lo largo de las siguientes páginas también sufren de esta ambigüedad, razón por la cual se observará el uso de las categorías justicia social, desarrollo, desigualdad, corrupción, pobreza, violencia estructural, violencia económica, derechos sociales y económicos, de manera indistinta como parte del género más amplio de las cuestiones sociales y económicas. Por supuesto, no quiero decir con ello que dichos conceptos sean iguales, por el contrario se reconocen sus diferencias y la enorme profundidad teórica que les subyace; no obstante, como quiera que para la temática a

como Colombia, Sierra Leona o Liberia, las preocupaciones en torno a la pobreza, la corrupción y las desigualdades irrumpen con fuerza y reclaman el tratamiento de las violaciones de todos los derechos humanos, en particular, de los derechos económicos y sociales, así como la atención a las causas de los conflictos asociadas a aspectos de justicia distributiva y social. Igualmente, en estos escenarios, el resurgimiento de los conflictos y la consolidación de regímenes formalmente democráticos, pero con tintes autoritarios cuestionan el tipo de democracia que ha aparejado la justicia transicional, y reclaman la construcción de una democracia profunda y de una paz duradera.

Ante este panorama, se cuestiona cuál es el papel de la justicia transicional en relación con los asuntos socioeconómicos, como desigualdad y pobreza, en las sociedades que emergen del conflicto. Concretamente, las organizaciones internacionales, la academia y los profesionales del campo se plantean **¿cómo responder a las nuevas demandas de justicia en las nuevas transiciones sin disminuir las posibilidades de verdad, justicia y reparación que la justicia transicional ha alcanzado hasta el momento?**

Como respuesta a ello surgen posiciones alternativas sobre el significado de la justicia transicional y sobre los alcances de la justicia y de la transición, que se traducen en la formulación de diversas definiciones del campo⁴. En términos de justicia, por ejemplo, hay quienes abogan por la inclusión de dimensiones más allá de la esfera retributiva para incluir aspectos de justicia reparadora y social, formulando con ello una reconceptualización de la justicia transicional como *justicia reparadora*⁵; asimismo, hay quienes insisten en la importancia de contemplar acciones de justicia socioeconómica, justicia política, justicia legal (o rendición de cuentas), y de verdad, bajo un nuevo concepto de *justicia transformativa*⁶; y, también,

desarrollar, las mismas desempeñan funciones similares y, dado que la definición estricta supera los alcances de la investigación me he permitido este uso indiscriminado (E. MUÑOZ y F. GÓMEZ ISA, "Derechos Económicos y Sociales en Procesos de Justicia Transicional: Debates Teóricos a la Luz de una Práctica Emergente", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 30, 2015, pp. 1-33)(L. HECHT y S. MICHALOWSKI, "Concept Paper on the Economic and Social Dimensions of Transitional Justice", disponible en: <http://www.essex.ac.uk/tjn/research/>).

⁴ Valga señalar que entiendo a la Justicia Transicional como un campo social en cuyo seno concurren diversos actores para imponer el significado de este. Por tanto, en lo sucesivo usaré como sinónimos las expresiones campo y justicia transicional. (G. GÓMEZ, "Justicia transicional "desde abajo": Un marco teórico constructivista crítico para el análisis de la experiencia colombiana", *Revista Coherencia*, núm. 10, 2013, pp. 137-166).

⁵ R. MANI, *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, Blackwell Publishers Ltd., Cambridge, 2002.

⁶ P. GREASY y R. SIMONS, "From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 8, 2014, pp. 1-23. E. DALY, "Transformative Justice: Charting a Path to Reconciliation", *International Legal Perspectives*, núm. 12, 2002, pp. 73-183. W.

algunos sectores defienden que la justicia se circunscriba a los aspectos retributivos que han caracterizado al campo, y que deje al tratamiento de aspectos sociales a otras disciplinas expertas en tales asuntos, como el desarrollo. Por su parte, en relación con la transición algunos propugnan por la consecución de la paz como la meta del cambio político, conceptualizando la justicia transicional a la luz del enfoque de construcción de paz⁷; en tanto que otros estiman que la traslación hacia regímenes democráticos no es una propiedad necesaria del campo, debido a lo cual proponen un nuevo enfoque conceptual más próximo a las nociones de injusticia histórica y estructural que a la de cambio político⁸.

Desde esta perspectiva, frente a la justicia transicional puede aplicarse, por analogía, el planteamiento de Nancy Fraser sobre la distinción entre *justicia normal* y *justicia anormal*, debido a la mayor o menor comprensión compartida de sus supuestos subyacentes⁹. La analogía aquí presentada replica el argumento planteado por Nancy Fraser sobre los focos de anormalidad en el discurso de la justicia, aunque adapta el contenido a la discusión en torno a la justicia transicional. Así, en el campo pueden destacarse dos focos de anormalidad: el *qué* y el *cuándo*, los que tomados en conjunto expresan el *cómo*. Particularmente el *cómo* de la justicia transicional frente a la forma de dar respuesta a las cuestiones sociales y económicas inmersas en las transiciones. Frente al *qué*, el escrito sigue de cerca el planteamiento de Fraser, de manera que al hablar del qué se alude a "la sustancia de la justicia" en el ámbito específico de la justicia transicional. Aquí las cuestiones versan sobre la extensión de la justicia a dimensiones socioeconómicas o distributivas, o la retención del concepto para una dimensión retributiva de justicia. El *cuándo* se corresponde con el concepto de transición como escenario de aplicación de la justicia transicional. En este aspecto la anormalidad del discurso envuelve la controversia sobre la democratización y la paz como metas del cambio político.

A la luz de este razonamiento se muestra que el reclamo por la atención de derechos económicos y sociales, y la reivindicación de una democracia más profunda, supone controvertir la clase justicia y el tipo de transición que apareja la noción paradigmática del campo. Ante esta situación la justicia transicional atraviesa por *tiempos de anormalidad*, en la medida en que su alcance y sus fines son objeto

LAMBOURNE, "Transformative Justice and Peacebuilding", en VV.AA., *Transitional Justice Theories*, edición de S. BUCKLEY-ZISTEL, T. KOLOMA, C. BRAUN y F. MIETH, Routledge, Abingdon y New York, 2014, pp. 19-39.

⁷ D. SHARP, "Addressing Economic Violence in Times of Transition: Toward a Positive-Peace Paradigm for Transitional Justice", *Fordham International Law Journal*, núm. 35, 2012, pp. 780-814.

⁸ J. BALINT, J. EVANS y N. MCMILLAN, "Rethinking Transitional Justice, Redressing Indigenous Harm: A new Conceptual Approach", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 8, pp. 194-216

⁹ N. FRASER, *Escalas de Justicia*, Pensamiento Herder, Barcelona, 2008.

de discrepancias. En estos tiempos resulta fundamental comprender las relaciones entre la justicia transicional y las cuestiones sociales y económicas a efectos de identificar posibilidades de articulación para llevar a cabo transiciones exitosas y verdaderamente transformadoras.

Este artículo intenta brindar elementos de juicio para profundizar las discusiones sobre los alcances de la justicia transicional y avanzar en la búsqueda de respuestas para los reclamos de justicia social en las nuevas transiciones. Para ello, en primer lugar, se delinearán las fronteras conceptuales del campo en relación con las cuestiones sociales y económicas. Luego de ello, se dará cuenta del surgimiento de tales cuestiones, y de la manera en que se relacionan con el campo. En tercer lugar, se explorarán las respuestas que la academia y las organizaciones internacionales han dado frente a los reclamos por las cuestiones sociales y económicas. Finalmente se formulan algunas conclusiones sobre las posibilidades de repensar la justicia transicional para atender a los reclamos de justicia de las víctimas de las sociedades en transición.

2.- LA NORMALIDAD EN EL DISCURSO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

De acuerdo con Richard Rorty se habla de normalidad cuando existe un discurso "que se realiza dentro de un conjunto admitido de convenciones sobre lo que debe tenerse por aportación relevante, lo que debe tenerse por respuesta a una pregunta, y lo que debe tenerse por un buen argumento en favor de esa respuesta o una buena crítica contra la misma"¹⁰. De acuerdo con esta noción, la normalidad en el campo de la justicia transicional deriva de la existencia de una concepción compartida sobre su quehacer y los fines de la disciplina y, concretamente, de respuestas comunes a preguntas fundamentales para el campo: *¿Qué tipo de justicia? ¿Qué clase de transición?*

Por ello, a efectos de dar cuenta de la configuración del discurso normal de la justicia transicional se buscarán las respuestas paradigmáticas que se han dado a tales interrogantes. En dicha tarea se consultarán los hechos, las prácticas y las relaciones de poder de los contextos a la luz de los cuales se forjó el concepto de justicia transicional. Ello, por cuanto al tratarse de un concepto propio del conocimiento práctico se encuentra históricamente limitado, de manera que su significado sólo se entiende en relación con determinadas y concretas circunstancias de la realidad¹¹. Aunque,

¹⁰ R. RORTY, *Filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, Madrid, 1983.

¹¹ Para este argumento me baso en Robert Cox, quién sostiene que el conocimiento práctico es "ese que puede ponerse en marcha a través de la acción". R. COX, "Fuerzas sociales, estados y órdenes mundiales: Más allá de la Teoría de las Relaciones Internacionales", *Relaciones Internacionales*, núm. 24, 2013, pp. 129-162.

cabe también considerar que la construcción de la justicia transicional como discurso es selectiva, de manera que se elabora con relación a ciertas –que no todas– las circunstancias y, por tanto, con exclusión de determinadas realidades¹². Así, es preciso determinar cuáles fueron las transiciones que dotaron de contenido a la justicia transicional, y que fijaron sus primeros linderos conceptuales¹³.

Sobre este punto, Paige Arthur y Pablo de Greiff ponen de presente cómo el concepto de la justicia transicional fue elaborado con referencia a un contexto histórico particular que ignoró las características de otras transiciones. Específicamente, De Greiff advierte que el significado del campo, tal y como se conoce en la actualidad, se cristalizó principalmente a partir de las realidades latinoamericanas¹⁴. Por su parte, Arthur destaca que el marco conceptual fue fraguado en conferencias en las que cobró importancia la experiencia sobre el enjuiciamiento de los represores y la búsqueda de la verdad en Argentina y en Chile, en tanto que los dilemas frente al pasado de las transiciones postcoloniales en África no constituyeron lo que se ha considerado justicia transicional¹⁵. Por tanto, a la luz de estas experiencias del Cono Sur, y en menor medida de las de Europa del Este, se dará cuenta del tipo de transición y de la clase de justicia en el discurso normal del campo o, en otras palabras, del *cuándo* y el *qué* de la justicia transicional¹⁶.

¹² D. HOWARTH, "La Teoría del Discurso", en VV.AA., *Teoría y Métodos de la ciencia política*, edición de D. MARSH y G. STOCKER, Alianza, Madrid, 1997, pp. 125-141.

¹³ P. ARTHUR, "Cómo las "transiciones" reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional", en VV.AA., *Justicia transicional: Manual para América latina*, edición de F. REÁTEGUI, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, Brasilia, 2011, pp. 73-134.

¹⁴ P. DE GREIFF, "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 7, 2011, pp. 17-39.

¹⁵ P. ARTHUR, "Cómo las "transiciones" reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional", cit.

¹⁶ En relación con el contexto que moldeó la noción de justicia transicional, la literatura sobre la materia no es enteramente unánime. De un lado, para algunos autores, la justicia transicional tiene raíces antiguas, bien sea desde épocas ciertamente remotas, como los cambios atenienses que relievra Elster, ora en épocas menos distantes, como los juicios de Núremberg que destaca Ruti Teitel. De otro lado, si bien hay un acuerdo mayoritario a favor de considerar el surgimiento del campo en la tercera ola de democratización, persiste divergencia frente a las transiciones que en particular dieron forma a la justicia transicional. Así, para algunos autores la justicia transicional fue moldeada no solo por la experiencia latinoamericana sino también por las transiciones que se dieron en otras partes del mundo. Por ejemplo, Fionnuala Aoláin y Colm Campbell indican que la visión paradigmática refleja los cambios de regímenes que se dieron en Latinoamérica, Europa Central y Europa del Este, y en Sudáfrica. Christine Bell sigue esta postura, aunque específicamente señala que la justicia transicional "emergió con referencia a las transiciones de autoritarismos en Europa del Este y Centro América a finales de los 80's y principios de los 90's". En contraste, autoras como Paige Arthur, afirman expresamente que el concepto fue elaborado como resultado de la reflexión en torno a las transiciones latinoamericanas. Igualmente, Diane Orentlicher destaca que los dilemas de las transiciones en América Latina enmarcaron el debate de la

2.1.- La imagen paradigmática de la transición

Entender la forma en que se dieron las transiciones en los países a finales del siglo XX permite comprender las características que ostenta la justicia transicional, sus objetivos y las relaciones con los aspectos sociales y económicos. Por ello, a efectos de dilucidar tales transiciones, este acápite se estructurará en torno a dos preguntas orientadoras: *¿Desde dónde?* y *¿Hacia dónde?* Con la primera pregunta, se busca revelar los supuestos del punto de partida de la transición; con la segunda, se pretende dar a conocer las acepciones comunes frente al destino o meta de la transición. Las respuestas a estos interrogantes configuran el *cuándo* de la justicia transicional en su discurso normal.

Para empezar, responder a la pregunta desde dónde implica dar cuenta tanto de los tipos de regímenes imperantes, como de las características de las sociedades en las que se aplicaron las medidas de justicia transicional. Frente a lo primero, las transiciones latinoamericanas correspondieron a la finalización de gobiernos no democráticos, específicamente de dictaduras militares de carácter represivo¹⁷. Por su parte, respecto de lo segundo, cabe destacar dos aspectos principales: i) el alto de grado de institucionalización de los Estados, y; ii) el tipo de ruptura y el poder que conservaron los regímenes salientes.

En relación con el grado de institucionalización de los Estados en los que se dio fin a tales autoritarismos, Tanto los países de Europa del Este como los del Cono Sur contaban con instituciones públicas consolidadas y un Estado fuerte. En particular, los países del Cono Sur nacieron como Estados en el siglo XVIII, y sus prácticas

justicia transicional y dieron forma al campo. Asimismo, Pablo de Greiff señala expresamente que la justicia transicional se formó con referencia a las transiciones del Cono Sur. Al respecto, esta investigación toma partido por la segunda posición con base en dos elementos de convicción. El primero de tipo "arqueológico", refiere a la revisión de las conferencias y discusiones académicas esbozada en la historia conceptual de la justicia transicional que elaboró Paige Arthur. Dicha revisión demuestra que, pese a la existencia de otras transiciones, los argumentos y desarrollos normativos en la formación del campo tuvieron como parámetro principal la realidad del Cono Sur. Específicamente, en la conferencia de Aspen las ponencias de Zalaquett y Malamud Goti aludían por sobre todo a las cuestiones de las experiencias argentina y chilena. Igualmente, Diane Orentlicher da cuenta de las influencias de "sus colegas argentinos" en las consideraciones sobre las obligaciones de derecho internacional que asistían a los Estados. El segundo elemento de juicio es de tipo comparativo, y deriva del contraste entre el imaginario común y las características de las transiciones en el Cono Sur, Europa, Centroamérica y Sudáfrica. Dicha comparación indica que el imaginario común de la justicia transicional se corresponde más con la experiencia de las transiciones del Cono Sur que con las restantes transiciones alrededor del mundo.

¹⁷ L. MORLINO, *Democracias y democratizaciones*, Centro de Investigaciones Sociológicas CIS, Madrid, 2009, pp. 252. G. O'DONNELL, *El Estado Burocrático Autoritario. Triunfos, derrotas y crisis*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, pp. 499.

democráticas surgieron durante la primera y la segunda ola de democratización¹⁸. En efecto, se trataba de “países que habían alcanzado niveles relativamente avanzados de institucionalización horizontal y vertical, es decir que sus instituciones podían abarcar íntegramente sus respectivos territorios nacionales y que sus sistemas jurídicos regulaban los aspectos más importantes de la relación entre los ciudadanos y las instituciones”¹⁹. Por tal razón, para la época de las dictaduras dichos Estados contaban con cierta capacidad institucional y, por tanto, de implementación de la justicia transicional.

Frente a la tercera característica, si bien en cada país la correlación de fuerzas entre los autoritarismos y las nacientes democracias fue única, un común denominador de las transiciones latinoamericanas fue el poder que los militares conservaron²⁰. Esta persistencia de poder de los exdictadores se erigió en “enclaves autoritarios”²¹ que restringieron tanto la sanción y enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante la represión, como la adopción de transformaciones económicas. Las limitaciones en relación con los juicios dieron lugar al dilema central del campo en sus primeros tiempos: justicia versus transición política²². Esta situación permite comprender porque una de las preocupaciones fundamentales de la justicia transicional fue el enjuiciamiento y castigo penal²³. No obstante, cabe advertir que esta preocupación se centró en el castigo judicial de las violaciones a los derechos civiles y políticos, dejando de lado las vulneraciones a los derechos sociales y económicos, y la comisión de crímenes económicos²⁴.

Por su parte, las restricciones a las transformaciones económicas influyeron en la configuración de los nuevos regímenes. O’Donnell y Schmitter señalan que los dictadores salientes circunscribieron la transición a una liberalización en términos de derechos civiles y políticos, e impusieron una democratización precaria con “una estrecha agenda de cuestiones políticas

¹⁸ S. HUNTINGTON, Samuel, *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 329.

¹⁹ UN Doc A/HRC/21/46, párrafo 16

²⁰ D. ORENTLICHER, “ ‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 1, 2007, pp. 10–22.

²¹ A. BARAHONA, P. AGUILAR y C. GONZÁLEZ, “Introducción”, en VV.AA., *Las políticas hacia el pasado: juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, Madrid, 2002, pp. 29-70.

²² D. ORENTLICHER, “ ‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, cit.

²³ *Ibidem*.

²⁴ R. CARRANZA, “Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?”, *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 2, 2008, pp. 310-330. E. SCHMID y A. NOLAN, “Do No Harm? Exploring the Scope of Economic and Social Rights in Transitional Justice”, *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 8, 2014, pp. 362-382.

admisibles”²⁵. En un sentido similar, Gills y Rocamora destacan el bloqueo a la implementación de reformas económicas y sociales, y la consecuente reducción de las democracias nacientes a aparatos formales de elecciones y, por tanto, a *democracias de baja intensidad* que sirvieron a los intereses de la élite y el capital²⁶.

Estas consideraciones conducen a la cuestión del punto de llegada de la justicia transicional: *¿hacia dónde?* Aquí la respuesta remite a la restauración de la democracia y el Estado de Derecho, como fines proclamados por el *discurso normal* de la transición. Pero no cualquier tipo de democracia, sino una en particular ligada al liberalismo (*democracia liberal*) y, al mismo tiempo, acompañada de una serie de medidas económicas propias de un capitalismo neoliberal²⁷. De esta suerte, el *discurso normal* de la transición supone un movimiento en dos sentidos: político y económico. En lo político, la democracia se asimila a la democracia liberal de los países de occidente; en lo económico, los cambios políticos se asocian a transformaciones que desembocan, principalmente, en privatizaciones, liberalización del mercado y reducción del rol del Estado²⁸.

El clima político de finales de los 80´s e inicios de los 90´s en el que se desarrollaron estas transiciones permite comprender el compromiso de la justicia transicional con la democracia liberal. La terminación del mundo bipolar, ante la disolución de la unión de repúblicas soviéticas –URSS–, impulsó la idea de victoria de un modelo particular de sociedad y, la correlativa creencia del *fin de la historia*²⁹. En este contexto, la democracia liberal se consolidó como el sistema de gobierno ideal y, por tanto, la discusión sobre las formas de organizar las sociedades se saldó con esta única respuesta. Paralelamente, el neoliberalismo se afianzó en la escena mundial y adquirió un papel protagónico que se tradujo en recortes fiscales y liberación de mercados, entre otros cambios en la agenda económica³⁰. No obstante, cabe destacar que tales cambios han sido invisibilizados por la justicia transicional pues, como señala Zinaida

²⁵ G. O´DONNELL y P. SCHMITTER, *Transiciones desde un gobierno autoritario. 4 conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1994, pp. 127.

²⁶ B. GILLS y J. ROCAMORA, "Low intensity democracy", cit.

²⁷ A. PRZEWORSKI y P. BARDHAN, *Democracia Sustentable*, Paidós, Barcelona, 1998. R. GWYNWE y C. KAY, "Views from The Periphery: Futures of Neoliberalism in Latin America", *Third World Quarterly*, núm. 21, 2000.

²⁸ Z. MILLER, "Effects of Invisibility: In Search of the 'Economic' in Transitional Justice", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 2, 2008, pp. 266-291. C. GONZÁLEZ, "Las transiciones a la democracia en Europa del Este. Un análisis comparado", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 78, 1992, pp. 195-217. A. PRZEWORSKI y P. BARDHAN, *Democracia Sustentable*, cit.

²⁹ F. FUKUYAMA, *¿El fin de la Historia? y otros ensayos*, Alianza editorial, Madrid, 2015, pp. 55-101.

³⁰ D. HARVEY, *Breve historia del neoliberalismo*, Ediciones Akal S.A, Madrid, 2007, pp. 252.

Miller, el campo encubre la liberalización económica que ha acompañado a los cambios políticos, así como sus efectos en la distribución de recursos, y los proyectos de desarrollo que implementan los nuevos gobiernos³¹.

2.2.- La imagen paradigmática de la justicia

Para vislumbrar la sustancia de la justicia, esto es, el *qué* de la justicia transicional en su *discurso normal* o visión hegemónica, es preciso considerar las cuestiones relativas a la clase de demandas a las que se atendió, así como también a los medios utilizados para ello. La primera de estas cuestiones se subsume en la pregunta sobre la *¿justicia para qué?*, y remite directamente a los reclamos de justicia que imperaron en las sociedades respecto de las cuales se forjó el concepto; pero, a su vez, refiere indirectamente, a lo que fue considerado cómo justo de reclamo en dicho momento. La segunda cuestión se corresponde con la pregunta *¿justicia a través de qué?*, y persigue develar las herramientas que utiliza la justicia transicional para alcanzar los objetivos de la transición.

En relación con el tipo de reclamos, cabe señalar que la violencia que caracterizó a los contextos en los que se moldeó la justicia transicional fue resultado del "ejercicio abusivo del poder del Estado"³², lo cual generó demandas de justicia retributiva y justicia política, principalmente. Haciendo alusión a las realidades del Cono Sur, De Greiff señala que la represión desplegada por los regímenes militares generó déficits de justicia, en el sentido estrecho de rendición de cuentas por violaciones a derechos civiles y políticos derivados de una violencia sistemática materializada en desapariciones forzadas, torturas, ejecuciones extrajudiciales y pérdida de derechos políticos³³. Debido a esto, las demandas de justicia se centraron en saber la verdad sobre la suerte de los desaparecidos, también se hicieron fuertes reclamos de procesamiento y castigo de los perpetradores de tales crímenes, y peticiones de reparación³⁴.

Aunado a ello, la caída del socialismo y el posicionamiento del capitalismo neoliberal -que fungieron como telón de fondo de las transiciones paradigmáticas- influyeron en la determinación de

³¹ Z. MILLER, "Effects of Invisibility: In Search of the 'Economic' in Transitional Justice", cit.

³² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, pp. 21.

³³ P. DE GREIFF, "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", cit. Valga anotar que esto supone desconocer las violaciones a derechos económicos y sociales cometidos por los regímenes del Cono Sur, en particular en el caso chileno, el desmonte de la seguridad social, se cuenta como una de las tantas vulneraciones a estos derechos.

³⁴ R. MANI, *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, cit.

aquello que podía considerarse justiciable. Nancy Fraser señala que la caída del mundo soviético dio lugar a la *condición "postsocialista"*, lo cual implicó un cambio en el imaginario de la justicia que supuso que los asuntos de reconocimiento pasaron a ser el principal problema de ésta, dejando de lado los temas de redistribución³⁵. En otras palabras, para el momento en que la justicia transicional se configuró se presentó un problema de desplazamiento de las reivindicaciones de justicia que marginó los asuntos referidos a la desigualdad económica³⁶.

En un sentido similar, el discurso de los derechos humanos que influyó en la definición del campo se caracterizó por relegar a los derechos económicos y sociales de la esfera de la justicia³⁷. De acuerdo con la posición dominante en la teoría jurídica de los derechos humanos, los derechos económicos y sociales no serían directamente justiciables³⁸ sino programáticos. Como resultado de ello, las demandas atinentes a los derechos económicos y sociales no han sido garantizadas por la justicia transicional, y su reconocimiento –en caso de que se reconozca– se reduce a considerarlos elementos de contexto en la narrativa de las situaciones autoritarias³⁹.

Por estas razones, la justicia en el *discurso normal* de la justicia transicional, es una *justicia para* la garantía de derechos civiles y políticos y, para la resolución de demandas de justicia retributiva y correctiva⁴⁰. En particular, se trata de una justicia para la violencia física que se materializa en el procesamiento de homicidios, torturas, violaciones sexuales, entre otros atentados a la vida y a la integridad. De contera, la violencia económica y la violencia estructural quedan excluidas del ámbito de la justicia transicional, tanto en términos de derechos sociales y económicos, como de crímenes económicos⁴¹. La

³⁵ N. FRASER, *Iustitia Interrupta: Reflexiones Críticas desde la Posición "postsocialista"*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho: Siglo del Hombre, Santafé de Bogotá, 1997, pp. 314.

³⁶ N. FRASER, "La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación", en N. FRASER y A. HONNETH, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Ediciones Morata S. L., Madrid, 2006, pp. 17-88.

³⁷ L. ARBOUR, "Economic and Social Justice for Societies in Transition", *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 40, pp. 1-27.

³⁸ V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Edictorial Trotta, Buenos Aires, 2004, pp. 256.

³⁹ S. SZOKE-BURKE, "Not Only 'Context': Why Transitional Justice Programs Can No Longer Ignore Violations of Economic and Social Rights", *Texas International Law Journal*, núm. 50, pp. 466-494. D. SHARP, "Addressing Economic Violence in Times of Transition: Toward a Positive-Peace Paradigm for Transitional Justice", cit. Z. MILLER, "Effects of Invisibility: In Search of the 'Economic' in Transitional Justice", cit.

⁴⁰ P. KALMANOVITZ, "Justicia correctiva vs. Justicia social en casos de conflicto armado", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, núm. 12, 2010, pp. 59-85.

⁴¹ D. SHARP, "Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, núm. 26, 2013,

definición de justicia dada por Naciones Unidas en el informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición tiene elementos propios de este sesgo, como quiera que asocia la justicia con penas y castigos de los perpetradores, derechos y garantías de los infractores, y acusaciones y procesos judiciales. Por tanto, se trata de una justicia procesal desvinculada de las demandas asociadas a la redistribución de recursos o a la protección de derechos económicos y sociales⁴².

La segunda cuestión sobre los medios de la justicia o *la justicia través de qué*, refleja la inclinación de la justicia transicional hacia los derechos civiles y políticos. Esto es, las medidas a través de las cuales la justicia transicional se puso en marcha excluyeron de su alcance los asuntos relacionados con cuestiones sociales y económicas. Los juicios, las comisiones de verdad y los programas de reparación se desplegaron para atender los requerimientos en materia justicia retributiva y violencia física⁴³. Por ejemplo, en el caso de las comisiones de la verdad, el mandato de estos organismos fue interpretado en términos de investigar el pasado únicamente respecto de las vulneraciones a la integridad y a la libertad, excluyendo los aspectos socioeconómicos o refiriéndose a ellos tan solo como cuestiones de contexto⁴⁴. En particular, en el caso de las comisiones de Chile, Argentina y El Salvador, Lisa Laplante señala que la violencia fue relatada con alusión a la división y represión política, la debilidad institucional y el quiebre del imperio de la ley, ignorando por tanto los aspectos sociales que influyeron en el origen de dichos conflictos⁴⁵. Por su parte, Sebastián Albuja y James Cavallaro, resaltan que el trabajo de las comisiones de la verdad en Latinoamérica no consideró los crímenes económicos ni la corrupción⁴⁶. Una crítica similar puede predicarse de los juicios e investigaciones penales como quiera que también excluyeron de su campo de acción a los delitos económicos y a las violaciones de

pp. 149 - 178. R. NAGY, "Transitional Justice as Global Project: critical reflections", *Third World Quarterly*, núm. 29, 2008, pp. 275-289.

⁴² UN Doc S/2004/616, párrafo 7. J. COCKAYNE, "Operation Helpem Fren: Solomon Islands, Transitional Justice and the Silence of Contemporary Legal Pathologies on Questions of Distributive Justice," *NYU School of Law Center for Human Rights and Global Justice, Working Paper Series*, núm. 3, 2004. L. ARBOUR, "Economic and Social Justice for Societies in Transition", cit.

⁴³ Z. MILLER, "Effects of Invisibility: In Search of the 'Economic' in Transitional Justice", cit.

⁴⁴ D. SHARP, "Economic Violence in the Practice of African Truth Commissions and Beyond", en VV.AA., *Justice and Economic Violence in Transition*, edición de D. SHARP, Springer, New York, 2014, pp. 79-108.

⁴⁵ L. LAPLANTE, "Justice and Peace Building: Diagnosing and Addressing the Socioeconomic Roots of Violence through a Human Rights Framework", *The International Journal of Transitional Justice*, 2008, núm. 2, pp. 331 - 355.

⁴⁶ S. ALBUJA y J. CAVALLARO, "The Lost Agenda: Economic Crimes and Truth Commission in Latin America and Beyond", en VV.AA., *Transitional justice from below: Grassroots activism and the struggle for change*, edición de K. MCEVOY y L. MCGREGOR, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 121-142.

derechos económicos y sociales⁴⁷. Rubén Carranza, señala que este sesgo en contra de la judicialización de crímenes económicos, como la corrupción, es una expresión más de las jerarquías establecidas en el campo de los derechos humanos entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales⁴⁸.

Como resultado de esta labor limitada, y en particular del mandato restringido de las comisiones de verdad, la narrativa del conflicto en el marco del discurso normal de la justicia transicional se distorsiona. Al respecto, siguiendo a Johan Galtung, todo conflicto envuelve tres tipos de violencia: la violencia cultural, la violencia estructural y la violencia física⁴⁹. De esta forma, la explicación del conflicto únicamente en términos de conductas (violencia física), deviene en una lectura parcial que niega la existencia de factores estructurales y culturales. En palabras de Zenaida Miller, la falta de inclusión de los aspectos económicos en los mecanismos de la justicia transicional tiende a hacer de la transición una historia únicamente política y de violencia física, limitando los fundamentos económicos del conflicto y sofocando la discusión sobre los planes de desarrollo, al excluirlos de la agenda de discusión en la transición⁵⁰. En términos prácticos, esto supone que historias del conflicto como la de Sudáfrica se reduzcan a cuestiones sobre perpetradores de violaciones a los derechos humanos por motivos de raza, sin considerar las dinámicas del colonialismo y el capitalismo como factores subyacentes⁵¹.

3.- LA ANORMALIDAD EN EL DISCURSO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: EL SURGIMIENTO DE LAS CUESTIONES SOCIALES Y ECONÓMICAS

3.1.- Nuevas transiciones

Desde que la justicia transicional, formada a "imagen y semejanza" de la transición paradigmática, fue exportada a *nuevas transiciones*, las cuestiones sociales y económicas que permanecían en la periferia del campo han emergido con fuerza y han debatido su exclusión. Como señalan Muñoz y Gómez, "el aumento de los casos en los que diferentes sociedades han tenido que hacer frente a un pasado de violencia o conflicto ha provocado que se amplíen sus

⁴⁷ C. SRIRAM, "Liberal Peacebuilding and Transitional Justice: What Place for Socioeconomic Concerns?", en VV.AA., *Justice and Economic Violence in Transition*, edición de D. SHARP, Springer, New York, 2014, pp. 27-50.

⁴⁸ R. CARRANZA, "Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?", cit.

⁴⁹ J. GALTUNG, *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Bakeaz, Bilbao, 1998, pp. 126.

⁵⁰ Z. MILLER, "Effects of Invisibility: In Search of the 'Economic' in Transitional Justice", cit.

⁵¹ *Íbidem*.

mecanismos y los temas a tratar, (...), un ejemplo de ello son (...) los derechos económicos y sociales”⁵². Por tal razón, examinar estos nuevos escenarios resulta fundamental para entender las anomalías en el discurso de la justicia transicional.

La primera tarea que exige este cometido es identificar cuáles son las *nuevas transiciones* para, a partir de ello, describir las características de dichos contextos y sus especificidades en torno a la dimensión social y económica. La respuesta no es sencilla como quiera que la evolución de la justicia transicional ha implicado su aplicación en numerosos contextos y escenarios. Precisamente, Bell, Campbell y Aoláin sostienen que “una característica contemporánea del discurso es la difuminación de los límites sobre lo que está “dentro” y “fuera” del paradigma de transición”⁵³. Es decir, el sentido de lo transicional en el campo no es claro y, por tanto, la ausencia de acuerdos frente a los espacios en los que la justicia transicional debe intervenir ha significado su multiplicación en diferentes escenarios. En concreto la expansión de la justicia transicional ha implicado que, desde 1970 al 2007, se hayan implementado 848 mecanismos del campo (juicios, comisiones de verdad, reparaciones, entre otros) en 129 países alrededor del mundo⁵⁴.

Frente a ello, en aras de brindar claridad en cuanto a los nuevos escenarios de la justicia transicional, algunos autores han elaborado tipologías respecto de. Por ejemplo, Pádraig McAuliffe establece una tipología de cinco transiciones: i) transición paradigmática ii) justicia transicional en democracias maduras; iii) transiciones entre gobiernos civiles; iv) justicia transicional en conflictos en desarrollo; v) justicia transicional en regímenes autoritarios⁵⁵. Por su parte, Tomas Obel propone tres escenarios de aplicación: i) en transiciones políticas liberales; ii) en transiciones

⁵² E. MUÑOZ y F. GÓMEZ, "Derechos Económicos y Sociales en Procesos de Justicia Transicional: Debates Teóricos a la Luz de una Práctica Emergente", cit.

⁵³ C. BELL, C. CAMPBELL y F. NÍ AOLAÍN, "Transitional justice: (re)conceptualising the field", *International Journal of Law in Context*, núm. 3, 2007, pp. 81-88. P. MCAULIFFE, "Transitional Justice's Expanding Empire: Reasserting the Value of the Paradigmatic Transition", *Journal of Conflictology*, 2011, núm. 2, pp. 32-44. C. BELL, "Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field'", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 3, 2009, pp. 5-27.

⁵⁴ Dicha cifra es tomada de una base de datos que incluye a 162 países alrededores del mundo. De acuerdo con los autores, dentro de la muestra no se incluyen los países con menos de un millón de habitantes debido a que no se contaba con información consistente al respecto. T. OLSEN, L. PAYNE y A. REITER, *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*, Institute of Peace, Washington, 2010, pp. 213.

⁵⁵ Es preciso anotar que, a diferencia de la noción de transición paradigmática adoptada en esta investigación, para el autor la transición paradigmática comprende tanto movimientos democratizadores desde autoritarismos, como movimientos hacia la paz desde episodios de “violencia política estructurada”. P. MCAULIFFE, "Transitional Justice's Expanding Empire: Reasserting the Value of the Paradigmatic Transition", cit.

políticas no liberales, y; iii) en ausencia de transición⁵⁶. Y, Joanna Quinn, indica que la justicia transicional se aplica en tres tipos de Estado: i) Estados en situaciones de posconflicto; ii) Estados pretransicionales, y; iii) Estados sin transición⁵⁷.

En este orden de ideas, las *nuevas transiciones* resultan múltiples y variadas. Su diversidad no solo deriva de los espacios o escenarios que fungen como punto de partida, sino también del momento en que se interviene en relación con el desarrollo del conflicto o autoritarismo, del sentido final de la transformación y, en últimas, de la combinación de estos criterios. Sin embargo, teniendo en cuenta que la finalidad de estas líneas es dar cuenta de la cuestiones económicas y sociales en la justicia transicional, y de las anormalidades que esto ha supuesto, la exposición se hará tomando como referencia principal dos tipos de nuevas transiciones: i) justicia transicional en guerras civiles y conflictos internos, y; ii) justicia transicional en nuevos autoritarismos no liberales⁵⁸. En la ilustración de dicho *discurso anormal* se acudirá a las preguntas a través de las cuales se dio cuenta del *discurso normal*: transición desde dónde y hacia dónde, y justicia para qué y a través de qué.

En relación con la cuestión *desde dónde*, cabe resaltar que la capacidad institucional que caracterizó a los autoritarismos del Cono Sur es un aspecto ausente en los nuevos escenarios de la justicia transicional⁵⁹. Muchas de las sociedades en las que ha intervenido el campo después de su nacimiento, “han tenido que construir instituciones estatales nacionales donde no existían antes” y, en otras tantas, el aparato estatal con el que se contaba resultó devastado y

⁵⁶ T. OBEL, “The vertical and horizontal expansion of transitional justice Explanations and implications for a contested field”, en *Transitional Justice Theories*, cit.

⁵⁷ J. QUINN, “Whiter the Transition of Transitional Justice”, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, núm. 8, 2014, pp. 63-80.

⁵⁸ Cabe señalar que este escrito sigue de cerca la acepción de posconflicto expuesta por Rama Mani, al indicar que este término describe “aquellos países en los que nominalmente se ha dado fin a las hostilidades, bien sea a través de negociaciones o en el campo de batalla y, que no han recaído – o no todavía en la violencia”. Concretamente, Rama Mani adopta esta noción basada en la experiencia de ocho países en desarrollo: Mozambique, El Salvador, Namibia, Sudáfrica, Haití, Cambodia, Ruanda, y Guatemala. (MANI, Rama, *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, cit.). Debe señalarse que el criterio dominante para la elección de esta categoría es el relativo a la presencia de cuestiones sociales y económicas, como pobreza, desarrollo, desigualdades horizontales, entre otros, más que el tipo de régimen político o de conflicto interno. De otro lado, es preciso aclarar que la aplicación de la justicia transicional en situaciones de conflictos internos o guerras civiles no es, en estricto sentido, una novedad en la evolución del campo en sentido temporal, esto es, no se trata de un fenómeno posterior al nacimiento del concepto. Por el contrario, para dicha época ya se contaban con algunas experiencias previas al respecto (como la de El Salvador, por ejemplo). Sin embargo, sí constituye una ampliación de la justicia transicional en tanto su marco conceptual obvió estos escenarios y, por cuanto, no contempló objetivos más amplios como la paz, ni puntos de partida como la democracia misma.

⁵⁹ UN Doc A/HRC/21/46, párrafo 16

debilitado después de los conflictos⁶⁰. Por lo general, al final de las guerras civiles o conflictos internos, los Estados se encuentran debilitados y sus instituciones seriamente afectadas⁶¹. Sobre este aspecto, Rama Mani advierte que, al terminar las contiendas, los Estados pueden encontrarse devastados y no ser funcionales; ora, pueden ser corruptos y disfuncionales; o bien, son funcionales pero ilegítimos⁶². Estos tres tipos de Estado reflejan elementos distintivos en el punto de partida de las nuevas transiciones.

La experiencia de Ruanda ejemplifica el primer tipo enunciado. En este país la fuerza destructiva del genocidio implicó el colapso total del aparato estatal, tanto por el desmantelamiento de todos los recursos físicos, como por la destrucción de la capacidad instalada y el capital humano⁶³. Esta hipótesis de ausencia total del Estado implica que los escenarios transicionales en los que se replicó la justicia transicional no cuentan con entidades que soporten la implementación de las ingentes labores que el campo demanda.

Respecto de los Estados corruptos, Rama Mani destaca que el aparato institucional aún no ha colapsado formalmente, pero sí ha perdido sus características definitorias y sus principios⁶⁴. Aquí la corrupción es tanto causa como síntoma de las contiendas⁶⁵. Por ejemplo, en Sierra Leona el informe de la Comisión de la Verdad señaló que la corrupción endémica fue una de las causas del conflicto armado⁶⁶. Asimismo, en las experiencias de República Democrática del Congo y Nigeria, la corrupción se imbricó con las violaciones masivas a los derechos humanos, y se perpetuó a través de distintas transiciones fallidas⁶⁷. En tal sentido, como bien lo apunta Paige Arthur, "dadas las particularidades de esta clase de Estados, aparece, lógicamente, la corrupción como uno de los asuntos centrales de la justicia en tales transiciones"⁶⁸.

⁶⁰ T. CAROTHERS, "The End of the Transition Paradigm", *Journal of Democracy*, núm. 13, 2002, pp. 5-21.

⁶¹ R. DUTHIE y M. NDULO, "The Role of Judicial Reform in Development and Transitional Justice", en VV.AA., *Transitional Justice and Development. Making Connections*, edición de P. DE GREIFF y R. DUTHIE, Social Science Research Council, New York, 2009, pp. 250-281.

⁶² R. MANI, Rama, *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, cit.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ R. MANI, *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, cit.

⁶⁵ R. MANI, "Dilemmas of Expanding Transitional Justice, or Forging the Nexus between Transitional Justice and Development", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 2, 2008, pp. 253-265. C. SRIRAM, "Liberal Peacebuilding and Transitional Justice: What Place for Socioeconomic Concerns?", en *Justice and Economic Violence in Transition*, cit.

⁶⁶ D. SHARP, "Economic Violence in the Practice of African Truth Commissions and Beyond" en *Justice and Economic Violence in Transition*, cit.

⁶⁷ R. CARRANZA, "Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?", cit.

⁶⁸ P. ARTHUR, "Cómo las "transiciones" reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional", cit.

En tercer lugar, los Estados ilegítimos pero funcionales se caracterizan por la existencia formal y operacional del imperio de la Ley, es decir, las instituciones operan con una mínima legalidad, pero sin atender a criterios de legitimidad⁶⁹. Resulta útil la distinción que Aoláin y Campbell hacen respecto de dos variantes de legitimidad⁷⁰. La primera variante atiende al *deber ser* del régimen, es decir, a la calificación de un régimen como ilegítimo a la luz de criterios normativos frente a tipos ideales de regímenes. Bajo este razonamiento, el caso sudafricano o los autoritarismos Latinoamericanos pueden tacharse de ilegítimos, en tanto el primero se basaba en una norma abiertamente racista y, los segundos eran claramente antidemocráticos. Por su parte, la segunda variante de legitimación se enfoca en el *ser*, es decir, atiende al grado efectivo en que la ciudadanía acepta las leyes e instituciones del Estado. De acuerdo con esta variante, las democracias formales en las que se desarrollaron los conflictos de las nuevas transiciones tienen problemas de legitimidad.

En estas sociedades en posconflicto, la respuesta a la pregunta *desde dónde* suscita paradojas como quiera que las contiendas ocurrieron en países formalmente democráticos⁷¹. Los objetivos de la justicia transicional podrían parecer un contrasentido pues se implementan en regímenes que por su misma definición –como democráticos– no necesitarían la agenda de transformación que envuelve el campo⁷². Aoláin y Campbell califican tales regímenes como *democracias conflictivas* y formulan dos vías para responder a estas paradojas⁷³. En primer lugar, sugieren diferenciar los dos tipos de transiciones que implican estos escenarios, es decir, transición en términos de democracia, y transición en términos de conflicto, a efectos de dar respuesta efectiva a ambos casos. En segundo lugar, respecto de la democracia acusan la necesidad de una noción más profunda, que enfatice los aspectos sustanciales por sobre los procedimentales.

En este orden de ideas, la cuestión *hacia dónde* adquiere visos más complejos que en el caso de la transición paradigmática. Por una parte, la aplicación de la justicia transicional en la finalización de conflictos internos o guerras civiles ha puesto a la paz, además de la democracia, como meta de la transición⁷⁴. Por otra, el camino hacia

⁶⁹ R. MANI, Rama, *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, cit.

⁷⁰ F. NÍ AOLÁIN y C. CAMPBELL, "The Paradox of Transition in Conflicted Democracies", *Human Rights Quarterly*, núm. 27, 2005, pp. 172-213.

⁷¹ Véase por ejemplo el caso de Colombia considerada una de las democracias más estables de Latinoamérica pero que a su vez cuenta con el conflicto armado interno más antiguo del mundo que ha cobrado la vida de más de doscientas mil personas y ha causado el desplazamiento forzado de, al menos, siete millones más.

⁷² F. NÍ AOLÁIN y C. CAMPBELL, "The Paradox of Transition in Conflicted Democracies", cit.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ P. ARTHUR, "Cómo las `transiciones´ reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional", cit.

la democratización es cuestionado por aquellos que hacen un llamado a la inclusión de dimensiones sustantivas más allá de los aspectos formales o meramente electorales. Esto es, bajo el *discurso anormal*, se reivindica a la paz y a la profundización democrática -o democracia de alta intensidad- como puntos de llegada o metas a alcanzar con la implementación del campo.

Bell apunta que la inclusión de escenarios de posconflicto y, por tanto, la inclusión de la paz en el campo constituye un cambio de paradigma al estilo Kuhniano, pues expresa un entendimiento de la justicia transicional más allá de la rendición de cuentas⁷⁵. Sin embargo, si bien parece que la paz implica metas más ambiciosas que las asociadas a las transiciones clásicas, es preciso dar una mirada más crítica que distinga una noción de *paz positiva* de una noción de *paz negativa*⁷⁶. La acepción negativa de la paz atiende solamente a la violencia física y, por tanto, se identifica con el fin de las hostilidades o afrentas⁷⁷. Por su parte, la paz positiva se entiende como un proceso de largo plazo que busca solucionar de fondo el conflicto y que, por ello, exige su abordaje integral incluyendo, además de la violencia física, los aspectos estructurales y culturales que subyacen a los conflictos. Así, la consecución de una paz sostenible implica el logro tanto de una paz negativa como de una paz positiva⁷⁸. De esta suerte, el citado cambio de paradigma solo puede materializarse si se habla de paz positiva y si, por tanto, el tratamiento del conflicto contempla aspectos tales como pobreza,

⁷⁵ C. BELL, "Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field'", cit. p. 9. En concreto Bell refiere a la inclusión de estos escenarios en la definición de justicia transicional dada por Naciones Unidas en el documento "El Estado de Derecho y la Justicia Transicional". Esta forma de concebir la inclusión de la paz como una meta más amplia, contrasta con la descripción que Teitel hace sobre el particular. Al mencionar la inclusión de la paz en los objetivos de la justicia transicional, Teitel alude al clásico dilema entre Justicia y Paz y, señala: "En la fase II emergió un discurso dinámico que yuxtapuso e incluso sacrificó el objetivo de la justicia por la meta más modesta de la paz" (R. TEITEL, "Genealogía de la justicia transicional", en VV.AA., *Justicia transicional: Manual para América latina*, edición de F. REÁTEGUI, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, Brasilia, 2011, pp. 135 - 172.). Desde esta perspectiva, pareciera que Teitel alude a una noción negativa de la paz, solo vinculada a la ausencia de violencia física. Dustin Sharp destaca esto, y señala que tal concepción de paz negativa se asocia al debate tradicional entre justicia y paz típico de situaciones en las que grupos armados se niegan a renunciar a las armas ante la amenaza de juicios en su contra (D. SHARP, "Addressing Economic Violence in Times of Transition: Toward a Positive-Peace Paradigm for Transitional Justice", cit.).

⁷⁶ La distinción entre paz positiva y paz negativa fue formulada por Johan Galtung, en relación con el abordaje de conflictos. J. GALTUNG, *Peace by peaceful means: peace and conflict, development and civilization*, International Peace Research Institute, Oslo, 1996, pp. 280.

⁷⁷ J. GALTUNG, "Violence, Peace and Peace Research", *Journal of Peace Research*, núm. 6, 1969, pp. 167-191.

⁷⁸ W. LAMBOURNE, "Transformative Justice and Peacebuilding", en *Transitional Justice Theories*, cit.

desigualdades, corrupción, crímenes económicos, y otros fenómenos asociados con la violencia estructural.

Frente a la necesidad de un abordaje integral del conflicto cabe hacer dos anotaciones. En primer lugar, los contextos de posconflicto coinciden con espacios en los que la presencia de cuestiones sociales y económicas es un común denominador. Por ejemplo, para el 2005, el 60% de los conflictos internos en el mundo se relacionó con la presencia de desigualdades horizontales, específicamente se trató de enfrentamientos etiquetados como “conflictos étnicos”⁷⁹. Igualmente, la mayoría de las contiendas hoy en día ocurren en países con bajo niveles de desarrollo económico⁸⁰. A su vez, el 40% de los conflictos de las últimas décadas han sido calificados como guerras por el control de los recursos naturales⁸¹. Aunado a ello, las sociedades en posconflicto presentan crisis humanitarias, elevadas tasas de víctimas de desplazamientos internos y de refugiados, desigualdad y pobreza⁸².

En segundo lugar, si bien los enfrentamientos armados obedecen a una multiplicidad de causas, existe cierto consenso frente al hecho de que las cuestiones sociales y económicas sin resolver contribuyen a aumentar las posibilidades de ocurrencia de estos. Como señalan Douglas Holdstock y Antonio Jarquin, las guerras modernas no son una expresión de la agresión innata de determinados pueblos, en su lugar son resultado de una construcción social y económica⁸³. En esta línea de pensamiento los estudios de Frances Stewart evidencian que los factores económicos subyacen a

⁷⁹ G. BROWN, C. CAUMARTIN, A. LANGER y F. STEWART, “Addressing Horizontal Inequalities in Post-Conflict Reconstruction”, in *Post-Conflict Reconstruction*, en VV.AA., *Rethinking Transitions. Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, edición de G. ORÉ y F. GÓMEZ, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 11-29.

⁸⁰ El Banco Mundial señala que los “países marginados” tienen un riesgo diez veces mayor de presentar conflictos internos que los países desarrollados. Sobre el particular, cabe aclarar que la categoría países marginados corresponde a países que presentan “ingreso bajo, retroceso económico y dependencia de productos primarios” (P. COLLIER, *Guerra Civil y Políticas de Desarrollo. Cómo escapar de la trampa del conflicto*, Banco Mundial y Alfaomega Colombiana, Bogotá, 2004, pp. 207). Al respecto, Frances Stewart señala que “al menos la mitad de los países menos desarrollados han sufrido serios conflictos internos en los últimos 25 años, y 8 de los 10 países con peores índices de desarrollo humano han estado en guerra en la década pasada o aún se encuentran en guerra”. F. STEWART, *Social Exclusion and Conflict: Analysis and Policy Implications*, Report prepared for the UK Department for International Development, London, 2004, pp. 24.

⁸¹ T. MCDUGAL, “The Trilemma of Promoting Economic Justice at War’s End”, en VV.AA. *Justice and Economic Violence in Transition*, edición de D. SHARP, Springer, New York, 2014, pp. 51-78. R. MATTHEW, O. BROWN y D. JENSEN, *From Conflict to Peacebuilding. The Role of Natural Resources and the Environment*, United Nations Environment Programme, Nairobi, 2009, pp. 44.

⁸² T. OLSEN, L. PAYNE y A. REITER, *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*, cit.

⁸³ D. HOLDSTOCK y A. JARQUIN, “Commentary: Conflict-from causes to prevention? *British Medical Journal*, núm. 324, 2002, pp. 345.

los conflictos y, por tanto, su presencia en las sociedades predispone su ocurrencia⁸⁴. Por su parte, el Banco Mundial ha advertido sobre la “trampa del conflicto”, en referencia a los círculos viciosos que se establecen entre la pobreza, el desarrollo económico y las guerras civiles⁸⁵.

En este orden de ideas, la aplicación de la visión paradigmática a las nuevas transiciones y, en particular, la marginación de las cuestiones sociales y económicas ha generado preocupaciones respecto de la consecución efectiva de la transición. Estos escenarios ofrecen una realidad plagada de fenómenos asociados a la violencia estructural cuya marginación ha repercutido en el resurgimiento de los conflictos. Dustin Sharp refiere que una cantidad considerable de conflictos internos ha reiniciado en un lapso no mayor de cinco años después de su aparente cesación⁸⁶. Rama Mani advierte también que la reaparición del conflicto puede darse en el largo plazo, tal como sucedió en el caso de Zimbabue dos décadas después de la aparente terminación de las hostilidades⁸⁷.

La preocupación por la efectividad de la transición no solo ha derivado del resurgimiento de los conflictos, también ha provenido de la aparición de *zonas grises* en el campo, esto es, de Estados que luego de ser calificados como sociedades en transición no pueden definirse como autoritarios pero tampoco cuentan con un sistema propiamente democrático⁸⁸. Estos casos han evidenciado que el *discurso normal* de la justicia transicional no consideró elementos que influyen significativamente en las posibilidades de una transición hacia una democratización profunda. Específicamente, Carothers hace alusión a dos patrones políticos que afectan la visión paradigmática de la transición: el *pluralismo irresponsable* y la *política de poder dominante*⁸⁹. Tales síndromes envuelven hechos de corrupción, escasas reformas sociales y, políticas económicas que a la postre se traducen en un aislamiento de las élites y la ciudadanía. Por tanto, la

⁸⁴ Stewart destaca que la raíz de los conflictos puede hallarse en cuatro hipótesis que involucran factores económicos: i) hipótesis de motivación grupal; ii) hipótesis de motivación individual; iii) falla del contrato social, y; iv) hipótesis de guerra verde. F. STEWART, "Root Causes of Violent Conflict in Developing Countries", *British Medical Journal*, núm. 324, 2002, pp. 342-345.

⁸⁵ P. COLLIER, *Guerra Civil y Políticas de Desarrollo. Cómo escapar de la trampa del conflicto*, cit.

⁸⁶ D. SHARP, "Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice", cit.

⁸⁷ R. MANI, *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, cit.

⁸⁸ De acuerdo con Carothers, la categoría "zona gris" es formulada en relación con un grupo aproximado de 100 países pertenecientes a la tercera ola de democratización, de los cuáles "probablemente menos de 20" se encontraban en camino efectivo hacia a la democracia. Específicamente, Carothers incluye dentro de esto tipo a países ubicados en Europa Central y la región Báltica, Sudamérica y el Este de Asia (T. CAROTHERS, "The End of the Transition Paradigm", cit.).

⁸⁹ *Ibidem*.

búsqueda de una transición democrática efectiva exige al campo dar una mirada a estas cuestiones sociales y económicas.

La conjunción de estos dos fenómenos (resurgimiento de los conflictos y aparición de *zonas grises*) ha cuestionado la capacidad del campo para la consecución de una transición sostenible. En estos casos, a diferencia de la visión paradigmática, las principales amenazas a la transición no se identifican con franjas de impunidad sino con el abordaje de cuestiones sociales y económicas. Por ello, el dilema central de la justicia transicional en las nuevas transiciones no deriva tanto de la realización de juicios como de la superación de las causas últimas de los conflictos y del fin de las economías de guerra⁹⁰. En otras palabras, si bajo el *discurso normal* el "éxito" de la transición era condicionado por los "enclaves autoritarios", el paso del tiempo ha demostrado que, ante la presencia de cuestiones sociales y económicas, el logro de una verdadera transición reside en enfrentar la violencia estructural y cultural que subyace a los conflictos. Como señala Cockayne, "el principal peligro reside en centrarse en la reivindicación retrospectiva de los derechos individuales de las víctimas, a expensas de una reestructuración socioeconómica prospectiva a gran escala para abordar las condiciones subyacentes que produjeron las transgresiones originales"⁹¹.

3.2.- Nuevas demandas de justicia

Las nuevas transiciones no vinieron solas, trajeron consigo nuevas demandas de justicia. Los fenómenos que ofrecieron los nuevos escenarios en que se aplicó el campo, el paso del tiempo en las sociedades en transición, y los cambios discursivos frente a las consideraciones de lo justiciable, se conjugaron para visibilizar dimensiones de injusticia omitidas por la noción hegemónica. De esta suerte, los actores del campo desafiaron la configuración del *qué* de la justicia transicional en el *discurso normal*, presionando por su ampliación para la inclusión de otros reclamos de justicia, en

⁹⁰ De otro lado, cabe tener en cuenta que el desplazamiento de los juicios como dilema central de la justicia transicional no sólo ha sido resultado de las nuevas realidades, sino de la evolución del campo y de la consolidación de lo que Christine Bell denomina "the new law of Transitional Justice". Esto es, la consolidación de estándares internacionales en materia de verdad, justicia y reparación, aunada a la experiencia acumulada en acuerdos de paz. Esta nueva ley, refiere principalmente a la regulación de acuerdos de paz y amnistías, y al diseño de otros mecanismos de la justicia transicional, tales como comisiones de la verdad y enjuiciamientos (C. BELL, *On the law of peace: peace agreements and the lex pacificatoria*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 383).

⁹¹ J. COCKAYNE, "Operation Helpem Fren: Solomon Islands, Transitional Justice and the Silence of Contemporary Legal Pathologies on Questions of Distributive Justice", cit.

particular de aquellos relacionados con dimensiones de justicia social o distributiva⁹².

Los índices elevados de pobreza, la violencia estructural y las economías devastadas que caracterizaron a los nuevos escenarios se reflejaron en las nuevas demandas de justicia de las víctimas. Wendy Lambourne relata que en sociedades en las que se implementaron juicios e investigaciones contra perpetradores de graves violaciones de derechos humanos, persiste un sentimiento común de injusticia en los sobrevivientes derivados de la insatisfacción de sus necesidades básicas⁹³. Igualmente, las características de tales contextos de implementación se dejan ver en los resultados de encuestas formuladas a víctimas que hacen un fuerte llamado a la satisfacción de derechos sociales y económicos por sobre la realización de juicios o la implementación de otras medidas⁹⁴. En una encuesta realizada en Colombia se constató que la mayor expectativa de las víctimas del conflicto armado era la satisfacción de “necesidades económicas” (45.5%), entendidas estas principalmente como la garantía de una pensión, el acceso a vivienda y educación. En el caso de las víctimas de desplazamiento forzado este porcentaje asciende levemente al 47.7%, lo cual se corresponde con el hecho de que, tanto antes como después del desplazamiento, la mayoría de las víctimas se encontraban y se encuentran en situación de pobreza⁹⁵. Otras encuestas realizadas con víctimas en Nepal arrojaron resultados similares al señalar que la mayor demanda de las víctimas es la satisfacción de sus necesidades inmediatas, tales como educación y vivienda y vestido⁹⁶. En tal sentido, es claro el reclamo de una noción de justicia más amplia que no se detenga únicamente en la lucha contra impunidad, sino que también comprenda aspectos de “equidad

⁹² Las discusiones sobre el *qué* de la justicia transicional han incluido diversas reivindicaciones de justicia, no solo distributiva sino también cultural, sin embargo, este artículo se centra en los aspectos relativos a la primera (N. SZABLEWSKA y S. BACHMANN, *Current Issues in Transitional Justice*, Springer, New York, 2014, pp. 380) (E. MUÑOZ y F. GÓMEZ, “Derechos Económicos y Sociales en Procesos de Justicia Transicional: Debates Teóricos a la Luz de una Práctica Emergente”, cit.).

⁹³ W. LAMBOURNE, “Transformative Justice and Peacebuilding”, en *Transitional Justice Theories*, cit. Los países en los que Lambourne realizó dichas entrevistas fueron: Cambodia, Ruanda, Timor del Este y Sierra Leona.

⁹⁴ A. RETTBERG, E. KIZA y A. FORER, *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?*, Agencia de Cooperación Técnica Alemana, GTZ, Bogotá, 2008, pp. 125.

⁹⁵ De acuerdo con una encuesta realizada, en el año 2014, a víctimas de desplazamiento forzado –aproximadamente el 84% del total de víctimas de Colombia- el 67% de las víctimas se encuentra en situación de pobreza y, de estas, el 33% se encuentra en situaciones de pobreza extrema (Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, EGED 2014, Encuesta de Goce Efectivo de Derechos -EGED 2013 -2014, Boletín Técnico, Bogotá, 2015).

⁹⁶ T. PASIPANODYA, “A Deeper Justice: Economic and Social Justice as Transitional Justice in Nepal”, *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 2, 2008, pp. 378-397.

en la distribución de recursos⁹⁷, en otras palabras, reclamos de una justicia socioeconómica.

Asimismo, los movimientos cívicos en la primavera árabe expresaron reivindicaciones de justicia que incluyeron, además de las necesidades básicas, fenómenos de corrupción y deficientes políticas económicas que, precisamente, desencadenaron los enfrentamientos⁹⁸. Como bien lo señala Robins, en dichos escenarios la arenga: "pan, libertad y dignidad", desafió la imagen de la justicia del *discurso normal* de la justicia transicional⁹⁹. Asimismo, el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, advierte que en las nuevas transiciones de Oriente Medio y África el enjuiciamiento de los actos de corrupción ha sido un reclamo central, así como también la garantía de derechos sociales y económicos¹⁰⁰. En Túnez, por ejemplo, se evidenció una amplia demanda de ajusticiamiento de la corrupción y la represión política del régimen de Ben Ali¹⁰¹. Aunado a ello, las promesas de justicia incumplidas de las viejas transiciones suscitaron en la sociedad civil y, particularmente, en los grupos de víctimas nuevas demandas de justicia social y reclamos al campo por sus limitaciones en materia de cuestiones sociales y económicas. Humphrey y Valverde destacan que las víctimas en Argentina y Sudáfrica han criticado los resultados de la transición en materia de desarrollo y calidad de vida, derivados de las políticas neoliberales que acompañaron la democratización¹⁰². De acuerdo con los autores, no se trata de criticar las fallas de la política pública pos-transición para promover la justicia social, sino de criticar la decisión de implementar políticas económicas neoliberales como parte de la democratización¹⁰³.

⁹⁷ W. LAMBOURNE, "Transformative Justice and Peacebuilding", en *Transitional Justice Theories*, cit.

⁹⁸ S. SZOKE-BURKE, "Not Only 'Context': Why Transitional Justice Programs Can No Longer Ignore Violations of Economic and Social Rights", cit. R. DUTHIE, "Transitional Justice, Development, and Economic Violence", en VV.AA., *Justice and Economic Violence in Transition*, edición de D. SHARP, Springer, New York, 2014, pp. 165-202. E. MUÑOZ y F. GÓMEZ, "Derechos Económicos y Sociales en Procesos de Justicia Transicional: Debates Teóricos a la Luz de una Práctica Emergente", cit.

⁹⁹ S. ROBINS, "Mapping a Future for Transitional Justice by Learning from its Past", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 9, 2015, pp. 181-190.

¹⁰⁰ UN Doc A/HRC/21/46, párrafo 17.

¹⁰¹ D. PREYSING, *Transitional Justice in Post-Revolutionary Tunisia (2011-2013). How the Past Shapes the Future*, Springer, Berlín, 2016, pp. 190.

¹⁰² M. HUMPHREY y E. VALVERDE, "Human Rights Politics and Injustice: Transitional Justice in Argentina and South Africa", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 2, 2008, pp. 83-105. A propósito de esto, valga precisar que, en términos estrictamente cronológicos, las cuestiones sociales y económicas pueden encontrarse desde las primeras experiencias de la justicia transicional. De hecho, las críticas iniciales al estrecho enfoque del campo, vinieron de la evaluación del caso sudafricano. Sin embargo, es solo hasta hace algunos años que dichas preocupaciones tomaron fuerza y reclamaron la atención de los actores del campo.

¹⁰³ *Ibidem*.

La visibilización de estas demandas y reclamos de justicia fue facilitada por los cambios en el discurso de los derechos humanos respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales. Por ejemplo, en el referido caso de Túnez, Domenica Preysing relievaa que el llamado a la atención de las causas estructurales del conflicto fue alimentado por el movimiento más amplio en favor de la garantía de dichos derechos¹⁰⁴. Igualmente, en los citados casos de Argentina y Sudáfrica, los autores resaltan que el discurso de los derechos humanos utilizado durante la imagen de la transición se amplió para incluir nuevas demandas de derechos económicos y sociales, y de justicia social¹⁰⁵.

Una mirada de conjunto permite ver que estas demandas expresan dimensiones de justicia distributiva, pues reclaman la garantía de derechos económicos y sociales, necesidades básicas y desigualdades. Igualmente, reivindican la aplicación de justicia a crímenes económicos y acusan a las políticas económicas de generar injusticias cotidianas, por lo que también exigen atención sobre ellas. En este orden de ideas, en el *discurso anormal* de la justicia transicional las visiones alternativas postulan una justicia que dé cabida a acciones para enfrentar la *violencia estructural*¹⁰⁶.

La comprensión del sentido de la justicia en las nuevas transiciones pasa por el entendimiento del tipo de violencia ejercida en dichos contextos¹⁰⁷. En las sociedades en posconflicto con bajos ingresos, las expresiones de exclusión económica y las violaciones a los derechos sociales y económicos son frecuentes. De Greiff señala que, a diferencia de los regímenes autoritarios que caracterizaron la imagen paradigmática de la transición, en los nuevos escenarios las vulneraciones de los derechos humanos "son más el resultado de algo similar al caos social que de la adopción e implementación de

¹⁰⁴ D. PREYSING, *Transitional Justice in Post-Revolutionary Tunisia (2011-2013). How the Past Shapes the Future*, cit.

¹⁰⁵ M. HUMPHREY y E. VALVERDE, "Human Rights Politics and Injustice: Transitional Justice in Argentina and South Africa", cit.

¹⁰⁶ Por ejemplo, Lisa Laplante destaca la importancia de que las comisiones de la verdad aborden la violencia estructural (L. LAPLANTE, "Justice and Peace Building: Diagnosing and Addressing the Socioeconomic Roots of Violence through a Human Rights Framework", cit). Por su parte, Dustin Sharp enfatiza que la paz positiva requiere enfrente las problemáticas asociadas a la violencia estructural (D. SHARP, "Addressing Economic Violence in Times of Transition: Toward a Positive-Peace Paradigm for Transitional Justice", cit). A su turno Frances Stewart en compañía, insiste en la necesidad de atender los fenómenos de violencia estructural en el posconflicto, no sólo desde una perspectiva reparadora sino también desde un enfoque transformador de las causas del conflicto (G. BROWN, C. CAUMARTIN, A. LANGER y F. STEWART, "Addressing Horizontal Inequalities in Post-Conflict Reconstruction", en *Rethinking Transitions. Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, cit).

¹⁰⁷ R. DUTHIE, "Transitional Justice, Development, and Economic Violence", en *Justice and Economic Violence in Transition*, cit.

políticas abusivas”¹⁰⁸. Por tanto, las demandas de justicia distributiva buscan precisamente resolver la *violencia estructural*.¹⁰⁹

Por otra parte, pese a las nuevas demandas de justicia, el campo se implementa a través del mismo conjunto de herramientas con las que se dio respuesta a los reclamos de justicia de la transición paradigmática. En tan sentido, podría pensarse que la respuesta a la cuestión relativa a la *justicia a través de qué* es idéntica a la que se planteó en el título precedente. Sin embargo, un análisis más profundo advierte diferencias en relación con los usos y las posibilidades de poner en marcha los mecanismos tradicionales del campo.

Frente a las posibilidades de implementación, la escasez de recursos económicos y los bajos niveles de desarrollo de las sociedades en posconflicto influyen en la capacidad de los Estados para poner en marcha enjuiciamientos, comisiones de la verdad o reparaciones¹¹⁰. El informe sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por Pablo De Greiff destacó estas diferencias de capacidad, económica e institucional, entre el contexto de origen de la justicia transicional y las nuevas transiciones¹¹¹. En particular, se advirtió que las “penurias económicas” de los nuevos contextos aparejan dificultades en la aplicación exitosa de las medidas y, en tal sentido, en la reparación a las víctimas, el establecimiento de responsabilidades y la ejecución de reformas. Sobre este punto, evidencia empírica analizada por Olsen, Payne y Reiter ha demostrado que la solidez económica de los Estados efectivamente incide en el uso de la justicia transicional. Concretamente, se constató que los países con presupuestos más

¹⁰⁸ P. DE GREIFF, "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", cit.

¹⁰⁹ A propósito de ello, y de la importancia de enfrentar la violencia estructural, resulta relevante el informe de Naciones Unidas sobre “*El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*”, en el cual el otrora Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, enfatizó en la importancia de abordar las causas del conflicto y las desigualdades en la riqueza como requisito para la construcción de una paz estable. Con una lógica similar, la *Nota Orientativa Sobre el Enfoque de las Naciones Unidas a la Justicia de Transición*, exhortó a los Estados a desplegar esfuerzos para “garantizar que los procesos y mecanismos de la justicia transicional tomen en consideración las causas profundas de un conflicto o un gobierno represivo y combatan las violaciones que se cometan de todos los derechos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales”

¹¹⁰ Collier destaca que la guerra civil implica elevados costes para las sociedades que la padecen, a la par que lega numerosas dificultades económicas en el posconflicto. Específicamente, se advierten tres efectos económicos de la guerra: i) los gastos militares; ii) la pérdida de capital social, y; iii) la fuga de capitales. A la postre, la ocurrencia de los enfrentamientos bélicos supone desempeños económicos negativos y escasez de recursos (P. COLLIER, *Guerra Civil y Políticas de Desarrollo. Cómo escapar de la trampa del conflicto*, cit.).

¹¹¹ UN Doc A/HRC/21/46, párrafo. 16.

bajos son más propensos a no adoptar acciones en materia de justicia transicional y, en caso de hacerlo, prefieren aquellos instrumentos 'más baratos', tales como las amnistías¹¹².

El alto costo de la justicia transicional plantea dilemas para las sociedades en posconflicto en relación con el destino de los recursos económicos dada su escasez: para la sociedad en general implica disyuntivas entre recuperación económica y justicia transicional¹¹³; para las víctimas en particular supone elecciones entre la satisfacción de necesidades básicas y el enjuiciamiento de los autores de graves crímenes contra sus derechos humanos. Frente a lo primero, el caso de Ruanda ilustra vívidamente esta situación. En dicho país el presupuesto del Tribunal Penal Internacional para el procesamiento de cincuenta y cinco personas fue superior a mil millones de dólares, y al menos cinco veces mayor que el presupuesto total del sector justicia de la nación¹¹⁴. Respecto de lo segundo, Rama Mani destaca que las circunstancias de las nuevas transiciones, en muchas ocasiones, suponen un dilema para las víctimas frente a la elección de comida en sus platos o penas para los perpetradores de los crímenes sufridos¹¹⁵. En su sentido similar, Wendy Lambourne observa que una encuesta realizada reveló que las víctimas consideraban injusto que sus necesidades básicas no estuvieran cubiertas, en tanto los perpetradores del genocidio vivían en "cómodas prisiones occidentales"¹¹⁶. En todo caso, si bien las necesidades básicas insatisfechas se traducen en críticas a los juicios e investigaciones, las víctimas de las nuevas transiciones también consideran de gran importancia la realización de acciones para la garantía de las dimensiones correctivas y retributivas de la justicia¹¹⁷. El mismo estudio de Lambourne, muestra cómo los sobrevivientes de los conflictos armados también valoran y demandan el despliegue de juicios e investigaciones por las violaciones a los derechos humanos.

En cuanto las posibilidades de uso de las herramientas de la justicia transicional, los nuevos escenarios de aplicación del campo han demostrado un empleo contra hegemónico de tales mecanismos, como quiera que su alcance se ha ampliado para dar cabida a las cuestiones sociales y económicas. Esta ampliación se revela

¹¹² T. OLSEN, L. PAYNE y A. REITER, *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*, cit.

¹¹³ T. ADDISON, "The Political Economy of the Transition from Authoritarianism", en *Transitional Justice and Development. Making Connections*, cit.

¹¹⁴ P. DE GREIFF, "Articulating the Links between Transitional Justice and Development: Justice and Social Integration", en VV.AA., *Transitional Justice and Development. Making Connections*, edición de P. DE GREIFF y R. DUTHIE, Social Science Research Council, New York, 2009, pp. 28-75.

¹¹⁵ R. MANI, "Dilemmas of Expanding Transitional Justice, or Forging the Nexus between Transitional Justice and Development", cit.

¹¹⁶ W. LAMBOURNE, "Transformative Justice and Peacebuilding", en *Transitional Justice Theories*, cit.

¹¹⁷ *Ibidem*.

especialmente en la labor de las comisiones de la verdad, cuyas indagaciones sobre el pasado y las recomendaciones a futuro, han referido a la violencia estructural y a las violaciones de derechos económicos y sociales. Los informes de las Comisiones de la Verdad de algunas de las nuevas transiciones han dado pasos hacia el reconocimiento de las cuestiones sociales y económicas como causas determinantes, aunque no únicas, de los conflictos¹¹⁸. La experiencia de Liberia es una muestra de ello, toda vez que el informe final de la comisión explícitamente señaló como causas del conflicto a factores como la pobreza, la corrupción, la desigualdad en la tenencia de la tierra y en la distribución de oportunidades económicas¹¹⁹. En los casos de Latinoamérica, Laplante resalta la labor desarrollada por las comisiones de Perú y Guatemala al calificar como causas de los conflictos aspectos tales como explotación económica y desigualdad; así como al establecer relaciones entre la pobreza y los enfrentamientos¹²⁰.

Respecto de las medidas de reparación, la ejecución de programas de reparación de colectiva, al igual que la implementación de acciones de restitución de tierras y propiedades, también han significado avances en la atención de dimensiones sociales y económicas en las transiciones¹²¹. Por su parte, en la labor de tribunales internacionales se han registrado pasos importantes en la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales. Concretamente, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos ha destacado los avances jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las condenas al Estado colombiano por la negligencia respecto de sus obligaciones en materia de alimentación, derechos a la propiedad, derechos laborales, en el caso de la Masacre de "El Aro" y "La Granja"¹²². Aunque, en uno u otro caso, se reconocen las limitaciones que los mecanismos de la justicia transicional tienen para el abordaje integral de los aspectos sociales y económicos.

4.- UN ANÁLISIS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN TIEMPOS DE ANORMALIDAD: QUÉ HACER FRENTE A LAS CUESTIONES SOCIALES Y ECONÓMICAS

La irrupción de discrepancias sobre los alcances de la justicia transicional en las *nuevas transiciones* ha obligado a los actores del

¹¹⁸ D. SHARP, "Economic Violence in the Practice of African Truth Commissions and Beyond", en *Justice and Economic Violence in Transition*, cit.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ L. LAPLANTE, "Justice and Peace Building: Diagnosing and Addressing the Socioeconomic Roots of Violence through a Human Rights Framework", cit.

¹²¹ N. ROHT-ARRIAZA, "Reparations and Economic, Social, and Cultural Rights", en *Justice and Economic Violence in Transition*, cit.

¹²² OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS NACIONES UNIDAS, *Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, New York, 2014, pp. 68.

campo a prestar atención a las *nuevas demandas de justicia*, y a debatir sobre la forma de dar una respuesta a estos reclamos. En tal sentido, como lo advierte Nancy Fraser, la presencia de anomalías en el discurso tiene un aspecto positivo pues la emergencia de nuevas respuestas, a los otrora supuestos compartidos, permite la denuncia de injusticias largamente ignoradas y, con ello, se abre el paso a la posibilidad de nuevas acciones de justicia¹²³. Sin embargo, los tiempos de anomalía también tiene un aspecto negativo puesto que se corre el riesgo de no responder ni a las nuevas ni a las antiguas demandas de justicia, ante la posibilidad de sobrecargar a la justicia transicional y, con ello poner en peligro los logros alcanzados en derechos humanos y garantías de las víctimas¹²⁴. Desde esta perspectiva, reformulando la cuestión que Fraser plantea frente a la teorización sobre la justicia en épocas de anomalía, en materia de justicia transicional cabe preguntarse: ***¿Cómo responder a las nuevas demandas de justicia en las nuevas transiciones sin disminuir las posibilidades de verdad, justicia y reparación que la justicia transicional ha alcanzado hasta el momento?***¹²⁵

Dar respuesta a este interrogante no es tarea fácil, como quiera que implica la ponderación de los retos y oportunidades que el tratamiento de cuestiones sociales supone para la justicia transicional. En la literatura se observan dos tipos de posiciones. De un lado aquellos que, atendiendo a los riesgos asociados a la práctica, tales como la sobrecarga de las herramientas o la falta de pericia (*expertise*) en asuntos de justicia social, consideran que la apertura de la justicia transicional a las cuestiones sociales y económicas puede acabar por restarle significado y eficacia y, en últimas, arrasar con las victorias alcanzadas en materia de derechos humanos. De otro lado, actores que, si bien son conscientes de las dificultades prácticas de abordar las cuestiones sociales y económicas, sobreponen a estas la necesidad de dar respuesta a las víctimas y, de lograr una transición verdaderamente transformadora. Naomi Roth-Arriaza resume este dilema al definir el universo de visiones en la justicia transicional. Como ella señala, una visión estrecha del campo puede ser criticada por su indiferencia ante las desigualdades económicas que subyacen al conflicto; por ignorar las necesidades de

¹²³ N. FRASER, *Escalas de Justicia*, cit.

¹²⁴ En el tema de logros, por ejemplo, Kathryn Sikkink y Hun Joon Kim señalan que, si bien existen debates frente a la utilidad de los juicios por graves violaciones a los derechos humanos, estudios realizados con evidencia empírica de los países en los que se han llevado a cabo enjuiciamientos permiten concluir que estos tienen un impacto positivo en el goce de los derechos humanos. En particular, destacan la disminución del uso de la tortura y de vulneraciones a la integridad física como consecuencia de los juicios adelantados (K. SIKKINK y H. KIM, "The Justice Cascade: The Origins and Effectiveness of Prosecutions of Human Rights Violations", *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 9, 2013, pp. 269-285).

¹²⁵ *Ibidem*.

los grupos marginados, como las mujeres y los pobres, y; por favorecer los derechos civiles y políticos por sobre los derechos económicos y sociales¹²⁶. Pero a su vez, abrir la justicia transicional al abordaje de aspectos de justicia distributiva y a las exigencias de una paz sostenible, puede significar una labor demasiado grande para el campo al punto de restarle todo su significado¹²⁷.

En términos de discurso, las respuestas dadas pueden clasificarse atendiendo a su permanencia en la normalidad o a su emergencia en la anormalidad. De acuerdo con algunos autores, para que se pueda responder a las cuestiones socioeconómicas sin minar los logros hasta ahora alcanzados, es preciso potenciar el uso de las herramientas de la justicia transicional y, articularse con otros campos de práctica que cuenten con mayor capacidad para lidiar con los nuevos dilemas de justicia. En estos casos, el *cómo* de la justicia transicional frente a las cuestiones sociales y económicas, no implica alteraciones a su *cuándo* y a su *qué* y, por tanto, se mantiene dentro de las fronteras del *discurso normal*. Por el contrario, otras posiciones sostienen que la justicia transicional debe revisar críticamente sus supuestos y adaptarlos a los nuevos retos que las cuestiones sociales y económicas plantean, no hacerlo apareja el riesgo de deslegitimar el campo ante las expectativas de las víctimas, y de resultar "obsoleto" ante las nuevas realidades. Aquí, el *cómo* de la justicia transicional frente a las cuestiones sociales y económicas sí exige modificar su sentido de la justicia (*qué*) y de la transición (su *cuándo*) y, en consecuencia, estas posiciones se ubican en el *discurso anormal*. En suma, pareciera que ante la emergencia de las cuestiones sociales y económicas las opciones que se vislumbran para su abordaje son reconceptualizar el campo para darle cabida a estos aspectos o tender puentes con otras disciplinas que sí abordan problemáticas asociadas a la pobreza, la desigualdad y los derechos sociales. Las páginas que siguen exploran estas posiciones¹²⁸.

¹²⁶ N. ROTH-ARRIAZA, "The New Landscape of Transitional Justice", en VV.AA., *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth Versus Justice*, edición de J. MARIEZCURRENA y N. ROTH-ARRIAZA, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 1-15.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Lars Waldorf indica tres vías para responder a esta cuestión: i) reconceptualizar el campo; ii) establecer conexiones entre desarrollo y justicia transicional, y; iii) reorientar la justicia transicional de manera que sea más sensible a las demandas de las víctimas y, por tanto, pueda satisfacer mejor las mismas. (L. WALDORF, "Anticipating the Past: Transitional Justice and Socio-Economic Wrongs", *Social & Legal Studies*, núm. 21, 2012, pp. 171-186). Desde otra perspectiva, Dustin Sharp señala que las respuestas a la violencia económica en los contextos de posconflicto campo pueden darse desde un enfoque delgado o desde uno grueso. El primero se corresponde con el tratamiento de las violaciones a derechos económicos y sociales cometidos durante el conflicto. El segundo, implica dar cabida a expresiones de violencia estructural y justicia distributiva que subyacen al conflicto (D. SHARP, "Addressing Economic Violence in Times of Transition: Toward a Positive-Peace Paradigm for Transitional Justice", cit.)

4.1.- Tendiendo puentes: las respuestas que permanecen en el discurso normal

Para un sector de la literatura tender puentes es la mejor forma de que la justicia transicional aborde las cuestiones sociales y económicas sin disminuir sus posibilidades de garantizar la verdad, la justicia y la reparación. Esto significa que la justicia transicional debe conectarse con los espacios prácticos y teóricos dedicados al tratamiento de las dimensiones sociales y distributivas de la justicia. Asimismo, implica que el campo se conecte directamente con algunas de las cuestiones sociales que se presentan en las sociedades en transición. En otras palabras, que se tiendan puentes internos y externos a efectos de dar respuesta a las nuevas demandas de justicia.

La variación en el carácter de las conexiones a establecer es resultado del tipo de reivindicación de justicia que exige el tratamiento de las cuestiones sociales y económicas. Así, la respuesta de cuestiones socioeconómicas que impliquen dimensiones de justicia distributiva se da mediante conexiones externas. Por su parte, aquellas reivindicaciones de justicia retributiva y correctiva para cuestiones socioeconómicas son enfrentadas mediante conexiones internas. En concreto, las primeras son respondidas indirectamente mediante la articulación con espacios democráticos y con el campo del desarrollo; en tanto que la respuesta a las segundas se da a través de las herramientas con las que cuenta el campo. De esta suerte, la justicia transicional conserva el sentido de las nociones de transición y de justicia bajo las cuales se formó.

En relación con las *conexiones externas*, los asuntos relativos al desarrollo son el principal foco de atención. El argumento que subyace a la respuesta indirecta de estos asuntos se puede formular en los siguientes términos: *como quiera que las intervenciones de la justicia transicional son de corto alcance y, dado que el carácter de la justicia que promueve es de tipo correctivo, el campo no cuenta con las herramientas conceptuales ni prácticas para asumir las tareas del desarrollo y de la política económica, las cuales son de largo alcance y de tipo distributivo*. Esto, señala la literatura de la materia, no significa negar la importancia de dar respuesta a las cuestiones sociales y económicas, sin embargo, la justicia transicional no es el escenario adecuado y, por el contrario, asumir las tareas derivadas de dichos asuntos podría sobrecargar y deslegitimar a la disciplina¹²⁹. Por tanto, si bien la justicia transicional no puede asumir directamente el tratamiento del desarrollo, sí debe articularse con las autoridades y entidades competentes.

De Greiff señala que la distinción y, a la vez, la conexión conceptual entre el desarrollo y la justicia transicional puede

¹²⁹ L. WALDORF, "Anticipating the Past: Transitional Justice and Socio-Economic Wrongs", cit.

concebirse en términos de la noción de justicia y sus diferentes dimensiones¹³⁰. Bajo esta óptica la justicia transicional está diseñada para abordar asuntos de justicia correctiva, en tanto que el desarrollo es más cercano a la justicia distributiva, pero como quiera que la justicia, como idea más amplia, busca una “transformación social profunda”, es preciso articular ambas dimensiones¹³¹. En un sentido similar, Marcus Lenzen, indica que el elemento común entre ambos campos (justicia transicional y desarrollo) es su mutuo interés en “mejorar las vidas humanas y las sociedades” y, en particular, en relación con la consecución de la paz, señala, “ambos están preocupados en cierta medida por contribuir al desarrollo de las instituciones y sus capacidades para asegurar una paz sostenible”¹³². Dado este común interés la consecución de los objetivos inmediatos de ambos puede verse fortalecida por la práctica de estos¹³³.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² M. LENZEN, "Roads Less Traveled? Conceptual Pathways (and Stumbling Blocks) for Development and Transitional Justice", en VV.AA., *Transitional Justice and Development. Making Connections*, edición de P. DE GREIFF y R. DUTHIE, Social Science Research Council, New York, 2009, pp. 76-109.

¹³³ En concreto, De Greiff señala dos tipos conexiones entre la justicia transicional y el desarrollo: directas e indirectas. Las primeras, se acercan más una noción economicista del desarrollo y, por tanto, se basan en las acciones desplegadas por la justicia transicional que pueden tener consecuencias económicas. Al respecto, expone ejemplos concretos de estas conexiones derivados de la implementación de cada una de las medidas de la justicia transicional. Así, citando solo algunos, frente a la labor de las comisiones de la verdad destaca que la labor de esclarecimiento de patrones de victimización cuya información pueda ser relevante para la recuperación económica de la región o grupo que sufrió la violación a los derechos humanos; igualmente, frente a las reparaciones, las transferencias de bienes y servicios puede servir para el desarrollo de capacidades en las víctimas, asimismo, las políticas de restitución de propiedades pueden ser útiles a la política de desarrollo mediante la formalización de las relaciones con la tierra. De otro lado, las conexiones indirectas, parte de una noción de desarrollo humano y se basan en la concepción de la justicia transicional como un instrumento de integración social. Desde esta perspectiva, las conexiones se identifican con los fines del campo, y por tanto se concretan en el (i) reconocimiento de las víctimas, (ii) la promoción de la confianza cívica, y (iii) el fortalecimiento de la norma democrática de derecho. Son estas, señala De Greiff, el tipo de relaciones más significativas entre la justicia transicional y el desarrollo (P. DE GREIFF, Pablo, "Articulating the Links between Transitional Justice and Development: Justice and Social Integration", en *Transitional Justice and Development. Making Connections*, cit.). A su turno, Roger Duthie coincide en que el impacto más significativo de la justicia transicional en el desarrollo es indirecto y de largo plazo. En concreto, deriva del mejoramiento de las relaciones entre la sociedad y sus instituciones, como resultado mediato de la aplicación de las medidas del campo. Bajo este razonamiento destaca tres aspectos concretos en los que la aplicación de la justicia transicional puede impactar en el desarrollo. En primer lugar, el campo puede contribuir al fortalecimiento institucional mediante la creación de nuevas instituciones y programas, y la capacitación de personal en otras áreas que podrían replicarse al desarrollo. En segundo lugar, el despliegue de las medidas de la justicia transicional puede fortalecer la capacidad organizativa de la sociedad civil e impulsar su participación en los asuntos públicos. En tercer lugar, las acciones en el marco facilitan la

A pesar de dichas conexiones, es importante conservar la distinción práctica y conceptual entre los campos, a efectos no poner cargas excesivas a la justicia transicional. De Greiff advierte que los mecanismos de la justicia transicional no son eficaces para abordar los asuntos del desarrollo y, por tanto, tienen alcances e impactos limitados y mediatos¹³⁴. En un sentido similar, Roger Duthie señala que hay que ser realistas con los resultados que la justicia transicional puede lograr en materia de desarrollo y, no "considerar las medidas de justicia transicional que aborden los problemas económicos y sociales como un sustituto de la política y los programas de desarrollo"¹³⁵.

De otro lado, los crímenes económicos y las violaciones a los derechos, económicos y sociales son abordados con los mecanismos tradicionales de la justicia transicional. Esto es, se trata de *conexiones directas* entre la justicia transicional y las cuestiones sociales y económicas, que tienen cabida dada la dimensión correctiva que expresan este tipo de demandas y, que se aviene con el discurso normal. Chandra Sriram señala que no existe ninguna razón para que los mecanismos de la justicia transicional excluyan el tratamiento de daños socioeconómicos y, de hecho, la práctica del campo ha avanzado en dar respuestas a este tipo de violencia¹³⁶. Aquí, la fuerza del argumento en favor del abordaje directo de estas dimensiones deriva de la indivisibilidad de los derechos humanos y, por tanto, de la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales. En todo caso, pese a la aceptación del carácter jurídico de los derechos económicos y sociales, se señalan posibles inconvenientes que apareja la respuesta de la justicia transicional a estos asuntos. Precisamente, Chandra Sriram destaca, entre otros, la sobrecarga de los mecanismos y la escasez de recursos para su funcionamiento, los cuales se erigen en razones para ser escépticos frente a la capacidad de la justicia transicional para abordar estos derechos¹³⁷. Debe tenerse en cuenta que expectativas demasiado grandes frente a la capacidad de las medidas en las respuestas a las cuestiones socioeconómicas pueden afectar la percepción de la efectividad de la justicia transicional¹³⁸.

reintegración a la comunidad de grupos marginados como víctimas y, en particular, de desplazados internos y excombatientes (R. DUTHIE, "Transitional Justice, Development, and Economic Violence", en *Justice and Economic Violence in Transition*, cit.).

¹³⁴ P. DE GREIFF, Pablo, "Articulating the Links between Transitional Justice and Development: Justice and Social Integration", en *Transitional Justice and Development. Making Connections*, cit.

¹³⁵ R. DUTHIE, "Transitional Justice, Development, and Economic Violence", en *Justice and Economic Violence in Transition*, cit.

¹³⁶ C. SRIRAM, "Liberal Peacebuilding and Transitional Justice: What Place for Socioeconomic Concerns?", en *Justice and Economic Violence in Transition*, cit.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

En relación con la violencia económica, Roger Duthie también advierte que la respuesta a estos asuntos plantea obstáculos para el campo¹³⁹. No obstante, ello no supone que deban desatenderse, como quiera que dichas dificultades pueden superarse con la mejora de las prácticas mismas. Lo que sí significa, es que debe adoptarse un enfoque estrecho frente a los efectos de la justicia transicional, así como también debe buscarse una relación de complementariedad con el campo del desarrollo¹⁴⁰. De no hacer esto, se corre el peligro de socavar la disciplina ante la imposición de fines para las que no cuenta con la capacidad de asumirlos.

4.2.- Reconceptualizando: las respuestas que emergen hacia el discurso anormal

Hay otro sector en el campo que estima que, para responder a las demandas sociales y económicas sin afectar los logros alcanzados, es preciso reconceptualizar la justicia transicional. Desde esta perspectiva, la imagen de la justicia y de la transición en el *discurso normal* debe abrirse a las *nuevas demandas de justicia* de las *nuevas transiciones*. Por ello, es dable encontrar propuestas de reconceptualización del campo en función del sentido de la justicia, así como también fórmulas de apertura en términos de la transición. En todo caso, dada la interconexión entre los sentidos de la justicia y de la transición, las reconceptualizaciones propuestas suponen, a la postre, un cambio simultáneo en dichas nociones. En relación con las propuestas que hacen énfasis en la apertura del sentido de justicia, puede encontrarse un giro hacia una *justicia transformativa* o hacia una *justicia reparadora*¹⁴¹. Dentro la primera, se destacan los planteamientos de Erin Daly¹⁴², y de Paul Gready y

¹³⁹ DUTHIE, Roger, "Transitional Justice, Development, and Economic Violence", en *Justice and Economic Violence in Transition*, cit.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Se reitera, esta es una aproximación inicial que no exhaustiva de las respuestas dadas a la cuestión sobre las relaciones entre la justicia transicional y las cuestiones sociales y económicas. Los autores que se citan fueron aquellos que se encontraron como más relevantes luego de la revisión de la bibliografía. En concreto, el grueso de los argumentos que soportan este acápite fue tomado de las propuestas de Dustin Sharp, Paul Gready y Simon Robins, y Wendy Lambourne, ello por cuanto se consideraron particularmente significativas dadas las múltiples referencias en el campo, así como por cuanto proponen transformaciones del *cuándo*, del *qué* y, de ambos sentidos en simultáneo. Por razones de espacio y de enfoque, el examen de estas propuestas se centrará más en las razones que se exponen para la transformación o conservación del *discurso normal*, que en el detalle mismo de la estructura planteada. Sin embargo, cabe advertir que en general, estas propuestas defienden la inclusión de los derechos sociales y económicos en el alcance de la justicia transicional, pero van más allá e incluyen otras tareas relativas.

¹⁴² E. DALY, "Transformative Justice: Charting a Path to Reconciliation", cit.

Simon Robins¹⁴³. Dentro de la segunda, se encuentra la ampliación de la justicia transicional formulada por Rama Mani¹⁴⁴. Frente al giro conceptual en términos de transición, Dustin Sharp propone cambiar el paradigma de la transición en términos de *paz positiva*¹⁴⁵. Por su parte, la propuesta de justicia transformadora y construcción de paz de Wendy Lambourne, implica un cambio tanto en el sentido de la justicia, como de la transición¹⁴⁶.

Esta forma de responder a las cuestiones sociales y económicas en el campo está soportada en la prevalencia que se otorga a la consecución de una transición efectiva. Aquí el argumento puede expresarse en estos términos: *como quiera que la superación efectiva del conflicto requiere abordar la violencia estructural, la justicia transicional debe reconfigurar sus supuestos constitutivos dando cabida a dimensiones de justicia distributiva*. Esto no significa negar los riesgos que implica una apertura del campo, sin embargo, si el objetivo de la transición exige la expansión del campo no se puede continuar relegando las cuestiones socioeconómicas so pena de no alcanzar una transición verdaderamente transformadora. Así, Dustin Sharp señala que, si bien puede ser cierta la preocupación por la "dilución" de la justicia transicional ante su amplitud, no es menos cierto que un proyecto significativo de justicia requiere el abordaje de la violencia económica¹⁴⁷. Por su parte, Wendy Lambourne reconoce que su propuesta de *justicia transformadora* podría ser poco práctica dada sus múltiples objetivos, sin embargo, insiste en ella como una forma de impulsar respuestas efectivas que atiendan a la complejidad de las necesidades de las víctimas¹⁴⁸.

Por su parte, Robins y Gready son críticos de las propuestas formuladas para responder a las cuestiones sociales y económicas que permanecen dentro del campo. En concreto, indican que el enfoque holístico adoptado para superar las limitaciones fundacionales de la justicia transicional frente a la dimensión socioeconómica mediante "conexiones entre la justicia transicional y las nociones más amplias de la consolidación de la paz y la

¹⁴³ P. GREARY y S. ROBINS, "From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice", cit.

¹⁴⁴ R. MANI, *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, citado. R, MANI, "La reparación como un componente de la justicia transicional: La búsqueda de la "justicia reparadora" en el posconflicto", en VV.AA., *Justicia Transicional*, Siglo del Hombre Editores -Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, Bogotá, 2011, pp. 153 -207.

¹⁴⁵ D. SHARP, "Addressing Economic Violence in Times of Transition: Toward a Positive-Peace Paradigm for Transitional Justice", cit.

¹⁴⁶ W. LAMBOURNE, "Transformative Justice and Peacebuilding", en *Transitional Justice Theories*, cit.

¹⁴⁷ D. SHARP, "Addressing Economic Violence in Times of Transition: Toward a Positive-Peace Paradigm for Transitional Justice", cit.

¹⁴⁸ W. LAMBOURNE, "Transformative Justice and Peacebuilding", en *Transitional Justice Theories*, cit.

reconstrucción después de los conflictos”¹⁴⁹, resulta insuficiente por cuanto el paradigma de la justicia legalista y retributiva sigue dominando el campo. Asimismo, señalan que el lenguaje de igualdad derechos (derechos económicos y sociales -DES- y derechos civiles y políticos- DCP) como una estrategia para abordar a las cuestiones sociales y económicas, ha sido limitado en la práctica, pues los mecanismos del campo no han prestado mayor atención al respecto¹⁵⁰.

5.- CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas he intentado obtener elementos de juicio para abordar el debate sobre las cuestiones sociales y económicas y su relación con la justicia transicional. A modo de conclusión quisiera resaltar tres de dichos elementos que considero fundamentales para avanzar en la búsqueda de respuestas concretas que atiendan a las demandas de justicia social de las víctimas en las sociedades transicionales.

En primer lugar, es preciso entender que la noción paradigmática de la justicia transicional y la marginación tradicional de las cuestiones sociales y económicas es resultado de los contextos históricos y los discursos imperantes para la época en que surgió el campo. Esto supone “aceptar la naturaleza hegemónica” del *discurso normal* de la justicia transicional y superar la “omnipresente tentación que existe (...) de naturalizar sus fronteras y concebir al modo esencialista sus identidades”¹⁵¹. Con ello, es posible vislumbrar el carácter contingente de los límites conceptuales de la justicia transicional y, abrir espacios a transformaciones que den cabida a las cuestiones sociales y económicas.

En segundo lugar, cualquier proyecto contra hegemónico o propuesta que se plantee para atender a las *nuevas demandas de justicia* en las *nuevas transiciones* debe comprender la forma en que las cuestiones sociales y económicas y la justicia transicional interactúan. En concreto, debe considerar que la atención a las cuestiones sociales y económicas es un instrumento necesario para alcanzar la transición a la democracia a la que se aspira. También deber tener en cuenta que, dada la indivisibilidad de los derechos humanos no existen razones jurídicamente válidas para que la justicia transicional continúe dando prioridad a los derechos civiles y políticos, por sobre los derechos económicos y sociales. E, igualmente, debe entender que la insatisfacción de las demandas de justicia social en las sociedades en las que se aplica la justicia transicional genera un

¹⁴⁹ P. GREARY y S. ROBINS, "From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice", cit.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ C. MOUFFE, *La Paradoja Democrática: El peligro del consenso en la política contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2012, pp. 156.

sentimiento de transición incompleta en las víctimas y, en últimas, socava la legitimación del campo.

En tercer lugar, la construcción de proyectos contra hegemónicos al discurso normal implica una *actitud reflexiva* frente al campo. Es decir, las respuestas que se den a las cuestiones sociales y económicas deben ponderar los efectos potenciales en la práctica de la justicia transicional con el objeto de no disminuir los logros de verdad, justicia y reparación. Al tiempo, tales propuestas deben conservar una distancia crítica respecto de la práctica de la justicia transicional que permita la revisión constante frente al *qué*, al *cuándo* y al *cómo*, de manera que cuestione las estructuras de poder que niegan la atención de las *nuevas demandas de justicia*.

Dicha actitud reflexiva exige que las respuestas a las nuevas demandas de justicia se construyan sobre lo construido en aras de no desatender las viejas demandas de justicia retributiva. Siguiendo el planteamiento de Makau Mutua, las reflexiones teóricas y prácticas sobre la utilidad de la justicia transicional y sus posibilidades para la democratización concluyen que no se le debe echar por la borda¹⁵². Cómo algunos autores lo han señalado, el hecho de que la justicia transicional se vea enfrentada a nuevas demandas en nuevos escenarios es una señal de la confianza que se le tiene, así como una muestra de su creciente aceptación entre la academia, la sociedad civil y los entes gubernamentales¹⁵³. Desde esta perspectiva, las propuestas planteadas frente al lugar de las cuestiones sociales y económicas deben partir de los avances alcanzados, reconocer sus limitaciones y potenciar sus herramientas.

En la ponderación de tales límites, también es preciso adoptar una posición crítica frente a las posiciones que sostienen que la respuesta a las cuestiones sociales y económicas es tarea de otras disciplinas. La revisión de tales posiciones permite identificar que buena parte de los argumentos esbozados tiene que ver con los riesgos prácticos para la justicia transicional que implica satisfacer las *nuevas demandas de justicia*. Bajo este razonamiento práctico no se cuestiona "¿por qué se hace esto?", sino "¿cómo se puede hacer mejor?"¹⁵⁴. Lo cual refleja que el campo se analiza bajo una teoría de solución de problemas, según la cual la justicia transicional únicamente sirve para solucionar "problemas planteados dentro de

¹⁵² M. MUTUA, "What Is the Future of Transitional Justice?", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 9, 2015, pp. 1-9.

¹⁵³ P. DE GREIFF, "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", cit. C. SRIRAM, "Liberal Peacebuilding and Transitional Justice: What Place for Socioeconomic Concerns?", en *Justice and Economic Violence in Transition*, cit.

¹⁵⁴ D. HOOGENBOOM, "Theorizing 'Transitional Justice'", *Electronic Thesis and Dissertation Repository*, 2014, pp.197.

los términos de la perspectiva particular desde la que se partió”, sin cuestionarse tal perspectiva de análisis¹⁵⁵.

En un sentido similar, cuando se analizan los argumentos referidos a la distinción entre justicia retributiva, como propia de la justicia transicional, y justicia distributiva, como sustrato de las dimensiones sociales y económicas se evidencia que dicho razonamiento traslada la discusión al espectro más amplio de las teorías de la justicia. Al decir de Bell, Aoláin y Campbell, este desplazamiento apareja ventajas y desventajas¹⁵⁶. La ventaja es la ampliación de la justicia transicional a otros campos, lo cual precisamente se aviene con la propuesta de tender puentes formulada por aquellos que consideran que las cuestiones sociales y económicas deben ser atendidas por otras disciplinas¹⁵⁷. Como desventaja se tiene que este desplazamiento hacia el terreno de las teorías de la justicia tiende a asumir los fines de la transición como dados, sin cuestionar las razones de dichos fines¹⁵⁸. De esta suerte se pierde la mirada crítica sobre el campo y se excluyen las posibilidades de cambios sustantivos frente al *cómo* de la justicia transicional ante las cuestiones sociales y económicas.

Finalmente, no debe perderse de vista que las razones expuestas para excluir los asuntos sociales y económicos son poco sensibles a las expectativas de los miles de víctimas de las *nuevas transiciones* que esperan respuestas concretas a sus necesidades cotidianas. Si bien es cierto, las demandas más amplias de justicia implican dificultades en la implementación del campo, oponer este argumento para negar la satisfacción de tales reclamos de justicia parece centrarse más en las instituciones que en las percepciones de las víctimas, quienes son en últimas, en mi opinión, la razón de ser del campo. Aunque las distinciones teóricas respecto de las dimensiones de justicia son útiles y necesarias para guiar la acción, para las víctimas pueden ser poco o nada significativas. Es más, las acciones de la justicia transicional pueden ser las únicas iniciativas estatales de justicia que hayan visto en sus vidas, máxime después de largos años de guerra en los que el mismo Estado pudo haber sido un actor del conflicto. Quizás por ello, acogiendo el argumento de Amartya Sen, enfocarnos en las vidas reales que viven las víctimas más que en las instituciones o en las distinciones teóricas pueda ser una guía para cambiar el rumbo de la justicia transicional¹⁵⁹.

En todo caso, cabe destacar que, precisamente, la justicia transicional ha contribuido a que las víctimas aprehendan nociones de justicia y se identifiquen nuevamente como sujetos de derechos, lo

¹⁵⁵ R. COX, "Fuerzas sociales, estados y órdenes mundiales: Más allá de la Teoría de las Relaciones Internacionales", cit.

¹⁵⁶ C. BELL, C. CAMPBELL y F. NÍ AOLAÍN, "Transitional justice: (re)conceptualising the field", cit.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ A. SEN, *La idea de la Justicia*, Taurus, México, 2010, pp. 499.

cual no es poca cosa. Por tal razón, es preciso conservar las posibilidades de justicia alcanzadas por la justicia transicional y no empezar de cero. A propósito de ello, finalizo con las palabras de Chantal Mouffe en relación con el modelo agonístico pero aplicado en concreto a la justicia transicional:

“Un enfoque agonista ciertamente repudia la posibilidad de un acto de refundación radical que instituiría (...) *una nueva justicia transicional* a partir de cero. (...) Un número importante de transformaciones socioeconómicas y políticas, con implicaciones radicales, son posibles dentro del contexto de la *justicia transicional*. Lo que entendemos por “*justicia transicional*” está constituido por formas sedimentadas de relaciones de poder que resultan de un conjunto de intervenciones hegemónicas contingentes. El hecho de que en la actualidad su carácter contingente no sea reconocido se debe a la ausencia de proyectos contra hegemónicos. (...). Esta es, desde mi punto de vista, la manera efectiva de desafiar las relaciones de poder, no en la forma de una negación abstracta, sino de un modo debidamente hegemónico, mediante un proceso de desarticulación de las prácticas existentes y de creación de nuevos discursos e instituciones”¹⁶⁰.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- A. BARAHONA, P. AGUILAR y C. GONZÁLEZ, "Introducción", en VV.AA., *Las políticas hacia el pasado: juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, Madrid, 2002, pp. 29-70.
- A. PRZEWORSKI y P. BARDHAN, *Democracia Sustentable*, Paidós, Barcelona, 1998.
- A. RETTBERG, E. KIZA y A. FORER, *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?*, Agencia de Cooperación Técnica Alemana, GTZ, Bogotá, 2008, pp. 125.
- A. SEN, *La idea de la Justicia*, Taurus, México, 2010, pp. 499.
- B. GILLS y J. ROCAMORA, "Low intensity democracy", *Third World Quarterly*, vol. 13, núm. 3, 1992, pp. 501-523.
- B. DE SOUSA SANTOS, *Renovar la Teoría Crítica y Reinventar la Emancipación Social*, CLACSO, Buenos Aires, 2006, pp. 110.
- C. BELL, "Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field'", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 3, 2009, pp. 5-27.
- C. BELL, C. CAMPBELL y F. NÍ AOLAÍN, "Transitional justice: (re)conceptualising the field", *International Journal of Law in Context*, núm. 3, 2007, pp. 81-88.

¹⁶⁰ C. MOUFFE, *En torno a lo político*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009, pp. 144. 40. Las cursivas son mías como un recurso para adaptar el argumento de Mouffe al objeto del presente escrito, sin embargo, la cita original de la autora está referida a la democracia liberal.

- C. BELL, *On the law of peace: peace agreements and the lex pacificatoria*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 383.
- C. GONZÁLEZ, "Las transiciones a la democracia en Europa del Este. Un análisis comparado", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 78, 1992, pp. 195-217.
- C. MOUFFE, *En torno a lo político*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009, pp. 144. 40.
- C. MOUFFE, *La Paradoja Democrática: El peligro del consenso en la política contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2012, pp. 156.
- C. SRIRAM, "Liberal Peacebuilding and Transitional Justice: What Place for Socioeconomic Concerns?", en VV.AA., *Justice and Economic Violence in Transition*, edición de D. SHARP, Springer, New York, 2014, pp. 27-50.
- D. HARVEY, *Breve historia del neoliberalismo*, Ediciones Akal S.A, Madrid, 2007, pp. 252.
- D. HOLDSTOCK y A. JARQUIN, "Commentary: Conflict-from causes to prevention? *British Medical Journal*, núm. 324, 2002, pp. 345
- D. HOOGENBOOM, "Theorizing 'Transitional Justice'", *Electronic Thesis and Dissertation Repository*, 2014, pp.197.
- D. HOWARTH, "La Teoría del Discurso", en VV.AA., *Teoría y Métodos de la ciencia política*, edición de D. MARSH y G. STOCKER, Alianza, Madrid, 1997, pp. 125-141.
- D. ORENTLICHER, " 'Settling Accounts' Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 1, 2007, pp. 10-22.
- D. PREYSING, *Transitional Justice in Post-Revolutionary Tunisia (2011-2013). How the Past Shapes the Future*, Springer, Berlín, 2016, pp. 190.
- D. SHARP, "Addressing Economic Violence in Times of Transition: Toward a Positive-Peace Paradigm for Transitional Justice", *Fordham International Law Journal*, núm. 35, 2012, pp. 780-814.
- D. SHARP, "Economic Violence in the Practice of African Truth Commissions and Beyond", en VV.AAA., *Justice and Economic Violence in Transition*, edición de D. SHARP, Springer, New York, 2014, pp. 79-108.
- D. SHARP, "Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, núm. 26, 2013, pp. 149 - 178. R. NAGY, "Transitional Justice as Global Project: critical reflections", *Third World Quarterly*, núm. 29, 2008, pp. 275-289.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, *EGED 2014, Encuesta de Goce Efectivo de Derechos -EGED 2013 - 2014, Boletín Técnico*, Bogotá, 2015.
- E. DALY, "Transformative Justice: Charting a Path to Reconciliation", *International Legal Perspectives*, núm. 12, 2002, pp. 73-183.
- E. MUÑOZ y F. GÓMEZ ISA, "Derechos Económicos y Sociales en Procesos de Justicia Transicional: Debates Teóricos a la Luz de

- una Práctica Emergente”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 30, 2015, pp. 1-33.
- E. SCHMID y A. NOLAN, "Do No Harm? Exploring the Scope of Economic and Social Rights in Transitional Justice", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 8, 2014, pp. 362-382.
- F. FUKUYAMA, *¿El fin de la Historia? y otros ensayos*, Alianza editorial, Madrid, 2015, pp. 55-101.
- F. NÍ AOLÁIN y C. CAMPBELL, "The Paradox of Transition in Conflicted Democracies", *Human Rights Quarterly*, núm. 27, 2005, pp. 172-213.
- F. STEWART, "Root Causes of Violent Conflict in Developing Countries", *British Medical Journal*, núm. 324, 2002, pp. 342-345.
- F. STEWART, "Social Exclusion and Conflict: Analysis and Policy Implications”, Report prepared for the UK Department for International Development, London, 2004, pp. 24.
- G. BROWN, C. CAUMARTIN, A. LANGER y F. STEWART, "Addressing Horizontal Inequalities in Post-Conflict Reconstruction”, in *Post-Conflict Reconstruction*, en VV.AA., *Rethinking Transitions. Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, edición de G. ORÉ y F. GÓMEZ, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 11-29.
- G. GÓMEZ, "Justicia transicional “desde abajo”: Un marco teórico constructivista crítico para el análisis de la experiencia colombiana”, *Revista Co-herencia*, núm. 10, 2013, pp. 137-166.
- G. O’DONNELL y P. SCHMITTER, *Transiciones desde un gobierno autoritario. 4 conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1994, pp. 127.
- J. BALINT, J. EVANS y N. MCMILLAN, "Rethinking Transitional Justice, Redressing Indigenous Harm: A new Conceptual Approach", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 8, pp. 194-216
- J. COCKAYNE, "Operation Helpem Fren: Solomon Islands, Transitional Justice and the Silence of Contemporary Legal Pathologies on Questions of Distributive Justice,” NYU School of Law Center for Human Rights and Global Justice, Working Paper Series, núm. 3, 2004.
- J. GALTUNG, "Violence, Peace and Peace Research", *Journal of Peace Research*, núm. 6, 1969, pp. 167-191.
- J. GALTUNG, *Peace by peaceful means: peace and conflict, development and civilization*, International Peace Research Institute, Oslo, 1996, pp. 280.
- J. GALTUNG, *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Bakeaz, Bilbao, 1998, pp. 126.

- J. QUINN, "Whiter the Transition of Transitional Justice", *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, núm. 8, 2014, pp. 63-80.
- K. SIKKINK y H. KIM, "The Justice Cascade: The Origins and Effectiveness of Prosecutions of Human Rights Violations", *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 9, 2013, pp. 269-285.
- L. ARBOUR, "Economic and Social Justice for Societies in Transition", *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 40, pp. 1-27.
- L. HECHT y S. MICHALOWSKI, "Concept Paper on the Economic and Social Dimensions of Transitional Justice", disponible en: <http://www.essex.ac.uk/tjn/research/>.
- L. LAPLANTE, "Justice and Peace Building: Diagnosing and Addressing the Socioeconomic Roots of Violence through a Human Rights Framework", *The International Journal of Transitional Justice*, 2008, núm. 2, pp. 331 – 355.
- L. MORLINO, *Democracias y democratizaciones*, Centro de Investigaciones Sociológicas CIS, Madrid, 2009, pp. 252. G. O'DONNELL, *El Estado Burocrático Autoritario. Triunfos, derrotas y crisis*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, pp. 499.
- L. WALDORF, "Anticipating the Past: Transitional Justice and Socio-Economic Wrongs", *Social & Legal Studies*, núm. 21, 2012, pp. 171-186.
- M. HUMPHREY y E. VALVERDE, "Human Rights Politics and Injustice: Transitional Justice in Argentina and South Africa", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 2, 2008, pp. 83-105.
- M. LENZEN, "Roads Less Traveled? Conceptual Pathways (and Stumbling Blocks) for Development and Transitional Justice", en VV.AA., *Transitional Justice and Development. Making Connections*, edición de P. DE GREIFF y R. DUTHIE, Social Science Research Council, New York, 2009, pp. 76-109.
- M. MUTUA, "What Is the Future of Transitional Justice?", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 9, 2015, pp. 1-9.
- N. FRASER, "La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación", en N. FRASER y A. HONNETH, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Ediciones Morata S. L., Madrid, 2006, pp. 17-88.
- N. FRASER, *Escalas de Justicia*, Pensamiento Herder, Barcelona, 2008.
- N. FRASER, *Iustitia Interrupta: Reflexiones Críticas desde la Posición "postsocialista"*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho: Siglo del Hombre, Santafé de Bogotá, 1997, pp. 314.
- N. ROTH-ARRIAZA, "The New Landscape of Transitional Justice", en VV.AA., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*:

- Beyond Truth Versus Justice, edición de J. MARIEZCURRENA y N. ROTH-ARRIAZA, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 1-15.
- N. SZABLEWSKA y S. BACHMANN, *Current Issues in Transitional Justice*, Springer, New York, 2014, pp. 380.
- NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, pp. 21.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS NACIONES UNIDAS, *Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, New York, 2014, pp. 68.
- P. ARTHUR, "Cómo las "transiciones" reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional", en VV.AA., *Justicia transicional: Manual para América latina*, edición de F. REÁTEGUI, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, Brasilia, 2011, pp. 73-134.
- P. COLLIER, *Guerra Civil y Políticas de Desarrollo. Cómo escapar de la trampa del conflicto*, Banco Mundial y Alfaomega Colombiana, Bogotá, 2004, pp. 207.
- P. DE GREIFF, "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 7, 2011, pp. 17-39.
- P. DE GREIFF, "Articulating the Links between Transitional Justice and Development: Justice and Social Integration", en VV.AA., *Transitional Justice and Development. Making Connections*, edición de P. DE GREIFF y R. DUTHIE, Social Science Research Council, New York, 2009, pp. 28-75.
- P. GREADY y R. SIMONS, "From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 8, 2014, pp. 1-23.
- P. KALMANOVITZ, "Justicia correctiva vs. Justicia social en casos de conflicto armado", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, núm. 12, 2010, pp. 59-85.
- P. MCAULIFFE, "Transitional Justice's Expanding Empire: Reasserting the Value of the Paradigmatic Transition", *Journal of Conflictology*, 2011, núm. 2, pp. 32-44.
- R. CARRANZA, "Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 2, 2008, pp. 310-330.
- R. COX, "Fuerzas sociales, estados y órdenes mundiales: Más allá de la Teoría de las Relaciones Internacionales", *Relaciones Internacionales*, núm. 24, 2013, pp. 129-162.
- R. DUTHIE y M. NDULO, "The Role of Judicial Reform in Development and Transitional Justice", en VV.AA., *Transitional Justice and Development. Making Connections*, edición de P. DE GREIFF y R. DUTHIE, Social Science Research Council, New York, 2009, pp. 250-281.

- R. DUTHIE, "Transitional Justice, Development, and Economic Violence", en VV.AA., *Justice and Economic Violence in Transition*, edición de D. SHARP, Springer, New York, 2014, pp. 165-202.
- R. GWYNWE y C. KAY, "Views from The Periphery: Futures of Neoliberalism in Latin America", *Third World Quarterly*, núm. 21, 2000.
- R. MANI, "Dilemmas of Expanding Transitional Justice, or Forging the Nexus between Transitional Justice and Development", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 2, 2008, pp. 253-265.
- R. MANI, "La reparación como un componente de la justicia transicional: La búsqueda de la "justicia reparadora" en el posconflicto", en VV.AA., *Justicia Transicional*, Siglo del Hombre Editores -Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, Bogotá, 2011, pp. 153 -207.
- R. MANI, *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*, Blackwell Publishers Ltd., Cambridge, 2002, pp. 246.
- R. MATTHEW, O. BROWN y D. JENSEN, *From Conflict to Peacebuilding. The Role of Natural Resources and the Environment*, United Nations Environment Programme, Nairobi, 2009, pp. 44
- R. RORTY, *Filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, Madrid, 1983.
- R. TEITEL, "Genealogía de la justicia transicional", en VV.AA., *Justicia transicional: Manual para América latina*, edición de F. REÁTEGUI, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, Brasilia, 2011, pp. 135 - 172.
- S. ALBUJA y J. CAVALLARO, "The Lost Agenda: Economic Crimes and Truth Commission in Latin America and Beyond", en VV.AA., *Transitional justice from below: Grassroots activism and the struggle for change*, edición de K. MCEVOY y L. MCGREGOR, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 121-142.
- S. HUNTINGTON, Samuel, *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 329.
- S. ROBINS, "Mapping a Future for Transitional Justice by Learning from its Past", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 9, 2015, pp. 181-190.
- S. SZOKE-BURKE, "Not Only 'Context': Why Transitional Justice Programs Can No Longer Ignore Violations of Economic and Social Rights", *Texas International Law Journal*, núm. 50, pp. 466-494.
- T. CAROTHERS, "The End of the Transition Paradigm", *Journal of Democracy*, núm. 13, 2002, pp. 5-21.
- T. MCDUGAL, "The Trilemma of Promoting Economic Justice at War's End", en VV.AA. *Justice and Economic Violence in Transition*, edición de D. SHARP, Springer, New York, 2014, pp. 51-78. .

- T. OBEL, "The vertical and horizontal expansion of transitional justice Explanations and implications for a contested field", en VV.AA., *Transitional Justice Theories*, edición de S. BUCKLEY-ZISTEL, T. KOLOMA, C. BRAUN y F. MIETH, Routledge, Abingdon y New York, 2014, pp. 105-124.
- T. OLSEN, L. PAYNE y A. REITER, *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*, Institute of Peace, Washington, 2010, pp. 213.
- T. PASIPANODYA, "A Deeper Justice: Economic and Social Justice as Transitional Justice in Nepal", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 2, 2008, pp. 378-397.
- UN Doc A/HRC/21/46.
- UN Doc S/2004/616.
- V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Edictorial Trotta, Buenos Aires, 2004, pp. 256.
- W. LAMBOURNE, "Transformative Justice and Peacebuilding", en VV.AA., *Transitional Justice Theories*, edición de S. BUCKLEY-ZISTEL, T. KOLOMA, C. BRAUN y F. MIETH, Routledge, Abingdon y New York, 2014, pp. 19-39.
- Z. MILLER, "Effects of Invisibility: In Search of the 'Economic' in Transitional Justice", *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 2, 2008, pp. 266-291.

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN JAQUE,
EL PANÓPTICO DEL SIGLO XXI. BIG DATA COMO AMENAZA
PARA LA DEMOCRACIA
A propósito del caso Cambridge Analytica**

**FREEDOM OF SPEECH IN PERIL, THE TWENTY-FIRST CENTURY
PANOPTICON. BIG DATA AS A THREAT TO DEMOCRACY
About the Cambridge Analytica case**

Andrés Fernando Mejía*

RESUMEN: En el artículo se plantea que la libertad de expresión es vulnerada de manera distinta a los escenarios tradicionales en razón del uso del Big Data y otras tecnologías como el análisis predictivo de datos y la personalización de contenido. Esta vulneración resulta diferente de la habitual puesto que no existe imposibilidad o limitación a expresar lo que se quiere de manera espontánea, sino que, la libertad de expresión se ve coartada ex ante a través de la generación de circunstancias en las que lo que se expresa viene dado previamente a través de información adecuada de manera personalizada según el perfil de quien opina. Para lograr presentar esta tesis, se efectúa un marco de referencia en el que este fenómeno se contextualiza. Al final se realiza una propuesta para disminuir o eliminar esta vulneración a la libertad de expresión.

ABSTRACT: *The article argues that freedom of speech is violated differently from traditional scenarios due to the use of Big Data and other technologies such as predictive data analysis and content personalization. This violation is different from usual ones since there is no impossibility or limitation to express what is wanted spontaneously, but rather, freedom of expression is restricted ex ante through the generation of circumstances in which what is expressed is previously given through appropriate personalized information according to the profile of the person who talks. In order to present this thesis, a frame of reference is made in which this phenomenon is contextualized. In the end a proposal is made to reduce or eliminate this violation of freedom of expression.*

PALABRAS CLAVE: libertad de expresión, big data, personalización de contenido, sicográficos, análisis predictivo, ciencia comportamental, Cambridge Analytica.

KEYWORDS: *free of speech, big data, content personalization, psychographics, predictive analysis, behavioral science, Cambridge Analytica.*

Fecha de recepción: 17/10/2019

Fecha de aceptación: 13/04/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5512>

* Abogado Universidad Libre Seccional Pereira, Licenciado en Derecho por homologación Universidad de Málaga (España), especialista en Derecho Procesal Contemporáneo Universidad de Medellín, Especialista en Administración Universidad EAFIT, Magíster en Derecho Procesal Universidad de Medellín, Magíster en Administración Universidad EAFIT. Candidato a Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo Universidad de Medellín. Docente Programa de Derecho Fundación Universitaria del Área Andina seccional Pereira, vinculado al Grupo de estudios e investigaciones socio-jurídicas GEIS. Docente Universidad Libre Seccional Pereira. Gerente Construcciones C.I.R. S.A.S., Pereira. E-mail: amejia3@areandina.edu.co

1.- INTRODUCCIÓN

Si bien la tecnología ha traído consigo una gran cantidad de beneficios para la sociedad, no es menos cierto que ella implica importantes retos al igual que peligros. En ese sentido Kranzberg (1986) anunciaba en sus leyes que la tecnología no es intrínsecamente buena o mala ni tampoco neutral, y, que las consecuencias de esta van más allá de los propósitos inmediatos de los dispositivos y las prácticas en sí mismas consideradas¹ teniendo consecuencias impensadas en espectros diferentes como el ambiental y social.

El derecho constantemente se enfrenta a nuevos escenarios que desafían las regulaciones que hasta el momento se han previsto y que, por tanto, permiten que este sea dinámico en la medida que evoluciona al compás de los cambios sociales. El derecho en su ámbito funcional como instrumento previsto para evitar o resolver algunos conflictos entre individuos (Nino, 2003, p.3) se estructura a partir de los factores que condicionan el dictado de las normas y las reacciones que a estas se tiene por parte de la comunidad y las transformaciones que este "derecho en acción" en términos usados por Alf Ross, genera a nivel social y económico (Nino, 2003, p. 7). Estos factores han permitido que se presenten escenarios impensables para el derecho años atrás como la posibilidad de que un oso se proteja a través de Hábeas Corpus² y la titularidad de derechos para un río³ o para una región⁴.

La tecnología, las innovaciones y los emprendimientos que satisfacen necesidades humanas en muchas ocasiones se ven huérfanas de un marco jurídico que permita abordarlas de manera adecuada, de modo tal que las actividades que se desarrollen a partir de estas cuenten con un panorama claro en cuanto a la asunción de responsabilidades por parte de sus ejecutores y los límites respecto de una diversa gama de derechos, entre estos, los fundamentales. En efecto, hoy no existe claridad en materia regulativa acerca de tecnologías y emprendimientos disruptivos como Uber, Airbnb y el almacenamiento en la nube. Entre otros, el Big data se erige, tal y como se señaló, en tecnología que no solo requiere de regulación,

¹ Technology is neither good nor bad; nor is it neutral...technology's interaction with the social ecology is such that technical developments frequently have environmental, social, and human consequences that go far beyond the immediate purposes of the technical devices and practices themselves.

² A través de Hábeas Corpus se solicitó la protección del oso Chucho, medida que fue concedida en primera instancia por un magistrado de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, pero que posteriormente fue revocada por la sala laboral de la misma Corporación. Finalmente, la Corte Constitucional decidió que el oso no puede ser sujeto de protección de la libertad a través de esta acción constitucional.

³ A través de la Sentencia T-622 de 2016 proferida por la Corte Constitucional de Colombia se reconoció al río Atrato como sujeto de derechos.

⁴ Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil de 5 de abril de 2018.

sino que la demanda de manera urgente gracias al potencial invasivo que implica para la privacidad de las personas.

Respecto del Big Data ha existido una multiplicidad de perspectivas acerca de los peligros implícitos a su implementación. El análisis se ha desarrollado desde diferentes aristas: la vulneración de la intimidad, los peligros en cuanto a la discriminación, el manejo de datos personales sensibles en materia de salud, el conflicto que se podría presentar entre las predicciones realizadas a través de técnicas analíticas relacionadas con el big data y el derecho al olvido, la tensión entre la libertad de información y la protección de datos personales y las implicaciones éticas del uso de datos por parte de los investigadores por citar algunos ejemplos. Sin embargo, a la fecha no se han evidenciado hallazgos acerca de los peligros que entraña en materia de libertad de expresión; efectivamente, aunque existen investigaciones que cuestionan la función del big data de cara a la democracia desde la limitación a la libertad general relacionada con la manipulación del electorado y la restricción al libre desarrollo de la personalidad, la específica esfera de la libertad de expresión no ha contado con mayor desarrollo. El presente artículo es un simple ejercicio reflexivo en cuanto a las dificultades que el Big Data comporta frente a este derecho a partir de las evidencias del caso Cambridge Analytica.

La tesis que aquí se sostiene consiste en que la libertad de expresión no se ve restringida *ex post* en virtud del Big Data como de manera habitual sucede. Esto es, la imposibilidad o limitación para manifestarse de manera espontánea, sino que, la vulneración se materializa *ex ante* a través de la generación de escenarios en los que lo que se expresa viene dado previamente a través de información adecuada de manera personalizada según el perfil de quien exterioriza su opinión. Lo que se manifiesta tiene como base la información de la que se dispone: información presentada según lo que al sujeto le interesa o le gusta, creando de esta manera, no solo un sesgo, sino también un aislamiento del debate público al que las ideas diferentes son inherentes. Se es preso de los pensamientos, gustos e intereses que se validan y refuerzan de manera exógena con información similar, creando la ilusión de que el mundo es exactamente como lo ve el sujeto.

El término "panóptico del siglo XXI" hace referencia a la forma en la cual a través del uso del big data acompañado de otras tecnologías, se realiza un continuo rastreo, observación, análisis, y, finalmente, presentación de información a los ciudadanos que accedemos al internet.

Para poder alcanzar el objetivo que se traza, resulta menester elaborar un corto marco de referencia que permita contextualizar el escenario en el cual se plantea la vulneración de derecho a la libertad de expresión.

2.- EL BIG DATA

El 'Big Data' al decir de Rubinstein (2012:74) se refiere a "formas novedosas en que las organizaciones, incluidos el gobierno y las empresas, combinan diversos conjuntos de datos digitales y luego usan estadísticas y otras técnicas de minería de datos para extraer de ellos tanta información oculta como correlaciones sorprendentes"⁵, no obstante, el mismo autor advierte que si bien esta herramienta promete importantes beneficios económicos y sociales, también plantea serias preocupaciones en cuanto a la privacidad.

A pesar de que existen algunos elementos comunes al concepto de Big Data identificables en diferentes autores, este no deja de ser un término generalizado e impreciso; en ese sentido, podría afirmarse que el big data es un término pobre en muchos sentidos (Boyd y Crawford, 2011). Bajo este concepto se ha considerado históricamente una cantidad de datos que requieren necesariamente para su análisis de computadoras (o supercomputadoras en algunos casos). No obstante, para Lev Manovich (2011) el tamaño no resulta ser su característica definitoria, el elemento esencial lo constituye su "relacionalidad" con otros datos. En efecto, el big data está fundamentalmente conectado en red, "su valor proviene de los patrones que pueden derivarse haciendo conexiones entre datos, sobre un individuo, sobre individuos en relación con otros, sobre grupos de personas, o simplemente sobre la estructura de la información en sí misma"⁶ (Boyd y Crawford, 2011: 2).

Existen, por supuesto, diversas interpretaciones acerca de esta nueva realidad, del lado positivo se ubican quienes consideran que el big data presenta muchas oportunidades para mejorar la sociedad moderna: permitiría optimizar la investigación científica en cuanto la vuelve más productiva y aceleraría el descubrimiento y la innovación; las personas podrían mejorar su salud y la atención médica sería más eficiente y efectiva; de igual modo, los Estados a través del correcto manejo de las bases de datos podrían mejorar la prestación de servicios gubernamentales y monitorear las amenazas a la seguridad nacional (Bollinger, 2010: 40).

Desde la orilla pesimista se ubican aquellos que consideran que las herramientas analíticas propias del big data erigen graves problemas de privacidad en los algoritmos predictivos ya que a menudo son impredecibles y sus efectos pueden no ser comprendidos por sus programadores: "Como los informáticos han demostrado, en muchos contextos, es imposible garantizar una privacidad diferencial cuando se utiliza un algoritmo de aprendizaje que extrae datos de una distribución continua" (Chaudhur y Hsu, 2011: 179). En otros términos, no se podría conocer de antemano cuándo un algoritmo predecirá PII (Personally identifiable information -Información de

⁵ Traducción propia.

⁶ Traducción propia.

identificación personal-), y, por tanto, no se podría predecir dónde y cuándo edificar protecciones de privacidad en torno a esos datos: Cuando una adolescente embarazada compra vitaminas, ¿ella podría predecir que cualquier compra o visita particular en un almacén desencadenaría que los algoritmos de un minorista la señalaran como una cliente embarazada? ¿en qué punto habría sido apropiado dar aviso y solicitar su consentimiento? (Chaudhur y Hsu, 2011: 179).

Teniendo claro que el big data es un instrumento positivo para la sociedad, pero que también entraña múltiples peligros acerca de su uso inadecuado e invasivo, resulta pertinente, a efectos de señalar su importancia a nivel electoral, y, por ende, para la democracia, recordar lo que Alistair Croll, fundadora de bitcurrent señalaba: "Después de John F. Kennedy no podrías ganar una elección sin televisión. Después de Obama, no podrías ganar una elección sin las redes sociales. Predigo que en 2012 no podrás ganar una elección sin big data" (González, 2017: 9). Esa predicción finalmente se materializó en las elecciones de los Estados Unidos de 2016 y en otro evento de elección popular previo como fue el Brexit. El big data jugó un papel preponderante en ambas, de hecho, antes de la elección presidencial de Estados Unidos, el director de Cambridge Analytica, Alexander Nix, afirmaba respecto del concepto aplicado de big data en el trabajo que adelantó con la campaña de Ted Cruz: "es realmente la agregación de tantos puntos de datos individuales posibles que puedas tener en tus manos y que son sintetizados en una base de datos utilizada para informar y crear información sobre tu público objetivo."⁷ (Nix, youtube, 2016).

Ciertamente, entre los peligros que el big data trae inmersos consigo se encuentra el de la manipulación de votantes y, como se sostiene en este artículo, la trasgresión del derecho a la libertad de expresión, ya no entendida en términos tradicionales donde la prohibición o limitación es el mecanismo de vulneración, sino coartada a partir de la cuidadosa disposición de noticias, artículos y, en general, todo tipo de información que se ajusta a las preferencias de persona. De este modo, según Solove: "lo que expresan las personas pueden estar más controladas que nunca (y también irónicamente, ello se puede estructurar para hacerlas creer que tienen el control)".

Para terminar este aparte, es importante acotar que Alexander Nix terminando su intervención sostuvo: Ahora claramente la campaña de Cruz ha terminado, pero lo que les puedo decir es que de los 2 candidatos que quedan en esta elección, uno de ellos está

⁷ Lo referido se puede escuchar en el minuto 5:41 del video en estos términos: "is really the aggregation of as many individual data points that you can possibly get your hands on which are the synthesized in one database of record used to inform and create insight on your target audience"

usando estas tecnologías y será muy interesante ver como impactan las siguientes 7 semanas.⁸ (Nix, youtube, 2016).

3.- ANÁLISIS DE DATOS PREDICTIVO Y SICOGRÁFICOS

Entre las herramientas habituales de la investigación en mercadeo se encuentran los perfiles demográficos. En virtud de estos se determina la edad, ingreso, educación y otros indicadores de posición vital que tienen demasiada influencia en los comportamientos de consumo de los usuarios (Wells, 1975); no obstante, la necesidad de conocer de manera más profunda a los consumidores dio paso al surgimiento de la sicografía, técnica que se puede definir como: un tipo de investigación cuantitativa destinada a ubicar a los consumidores en dimensiones psicológicas, a diferencia de las demográficas. Porque va más allá de lo estándar y lo aceptado, ofrece la posibilidad de nuevos conocimientos y conclusiones inusuales. Debido a que es cuantitativo más que discursivo, abre el camino a muestras grandes y representativas de encuestados, y al análisis estadístico multivariado de los hallazgos.⁹ (Wells, 1975: 197).

Los sicográficos entonces se refieren a datos como las costumbres, pasatiempos y hábitos de gasto. Los datos demográficos explican "quién" es tu comprador, mientras que los sicográficos explican "por qué" compran (Meredith, 2017).

El big data ha permitido que el uso de los sicográficos se incremente al punto de crear "mensajes sicográficos"; esto es, a la medida de cada persona de conformidad con su perfil psicológico. Así pues, los mensajes se *matizan* con el objeto de que "resuenen más eficazmente con esos grupos de audiencia clave"¹⁰ (Nix, youtube, 2016). Con esta herramienta y la ayuda del análisis de datos no se requiere confeccionar soluciones creativas que puedan o no funcionar, sino que con cientos o miles de puntos de datos de los *objetivos* (los destinatarios del mensaje) "se conoce exactamente a qué tipo de mensajes se debe apelar para atraer a las audiencias mucho antes de que comience el proceso creativo" (Nix, youtube, 2016).

Para recolectar estos datos, en el caso de Cambridge Analytica fue fundamental Facebook, pero en realidad el análisis de sicográficos no requiere de redes sociales. Las computadoras pueden clasificar a las personas psicológicamente utilizando miles de puntos de datos disponibles en el mercado (Burleigh, 2017).

⁸ Lo referido se puede escuchar en el minuto 10:40 del video en estos términos: now clearly the Cruz campaign is over now but what I can tell you is that the two candidates left in this election, one of them is using these technologies and it's going to be very interesting to see how they impact the next seven weeks.

⁹ Traducción propia del texto original "Psychographics: A Critical Review".

¹⁰ Lo referido se puede escuchar en el minuto 4:09 del video en estos términos: you can nuance your messaging to resonate more effectively with those key audience groups.

American Express usando sus bases de datos (big data y análisis predictivo a partir de los sicográficos) logró identificar comportamientos de sus clientes que le permitieron perfilarlos y proveer respuestas adecuadas frente a una contingencia: La empresa descubrió que las personas que acumulan grandes saldos en su tarjeta y luego registran una nueva dirección de envío en Florida tienen una mayor probabilidad de declararse en bancarrota. Esto debido a que este Estado tiene una de las leyes de bancarrota más laxas, lo que la convierte en un destino favorito para los deudores con problemas financieros. La identificación de tales correlaciones en los datos -un aumento vertiginoso de la tarjeta de crédito y una reubicación en Florida- puede desencadenar una investigación sobre la solvencia real del titular de la tarjeta. (Bollier, 2010: 21).

Y aunque estos mecanismos comportan múltiples beneficios, también generan preocupación respecto de su uso y alcance. Ejemplo de ello es la investigación que recientemente (febrero de 2018) concluyó que las caras contienen mucha más información acerca de la orientación sexual de lo que puede percibir o interpretar el cerebro humano. A través de redes neuronales profundas se extrajeron características de imágenes faciales a las que aplicaron regresiones logísticas para clasificar la orientación sexual "La precisión del algoritmo aumentó a 91% y 83%, respectivamente, con cinco imágenes faciales por persona" (Wang y Kosinski, 2018: 250). Si bien es cierto que con estos hallazgos se amplía la comprensión acerca de los orígenes de la orientación sexual y los límites de la percepción humana, como lo señalan los investigadores, "dado que las empresas y los gobiernos utilizan cada vez más los algoritmos de visión para detectar los rasgos íntimos de las personas, nuestros hallazgos exponen una amenaza a la privacidad y seguridad de los hombres y mujeres homosexuales"¹¹ (Wang y Kosinski, 2018: 255).

4.- IMPLICACIONES, PELIGROS Y RETOS QUE PRESENTA EL BIG DATA PARA LOS DERECHOS

La tecnología de datos se ha tornado tan invasiva, penetrante y difícil de comprender que cuestionamientos válidos se han erigido y a la fecha no tienen aún una respuesta clara ¿Cómo se protegerá la sociedad contra aquellos que abusen de las grandes bases de datos? ¿Qué nuevos sistemas regulatorios, innovaciones de derecho privado o prácticas sociales serán capaces de controlar conductas antisociales y cómo deberíamos incluso definir qué es social y legalmente aceptable cuando las prácticas habilitadas por Big Data son tan novedosas y a menudo misteriosas? (Bollier, 2010: 40). A continuación se señalan solo algunos de los peligros que entraña esta tecnología y los retos que respecto de la protección de derechos se

¹¹ Traducción propia del texto original "Deep neural networks are more accurate than humans at detecting sexual orientation from facial images".

presentan. Se ha decidido no realizar mención al peligro del uso del big data frente a la privacidad¹² ya que esta ha sido la arista que mayor desarrollo tiene en el ámbito investigativo.

4.1.- Acerca de la ética y la manipulación emocional

En 2014 facebook realizó un experimento en compañía de investigadores de la Universidad de Cornell en el que a 683.003 usuarios les realizaron un ajuste respecto de las noticias que les aparecían en la plataforma. El ajuste consistió en presentar un contenido emocional más positivo o más negativo. Se pretendía determinar si ello tendría un efecto emocional en las personas; en efecto, lo hizo. "Las personas expuestas a contenido más positivo tenían publicaciones que eran más positivas, y las que estaban expuestas a contenido más negativo tenían publicaciones que eran más negativas. Esto fue medido por los tipos de palabras que usaron"¹³ (Solove, 2014).

Entorno de la naturaleza de los daños que puede producir el big data Cotino (2017: 137) afirma que el daño individual que produce el big data y la inteligencia artificial es imperceptible para el derecho fundamental desde la perspectiva del individuo titular del derecho. Sin embargo, la vulneración se da masivamente a los derechos fundamentales de sectores o conjuntos de la sociedad. En ese sentido, "Dogmáticamente considero que puede ser necesario trabajar con una dimensión colectiva de los derechos que no es la habitual". Esta realidad demanda una teoría jurídica distinta que permita abordar de manera efectiva estas afectaciones a los derechos.

4.2.- Respecto de las implicaciones de la personalización de la información

Turow y Sunstein han sostenido que la personalización de contenidos resultante de la aplicación de los sicográficos y el análisis predictivo de los datos limita el mercado de las ideas que a su vez son fundamentales para cualquier sociedad, esta personalización refuerza las posiciones particulares, generando indiferencia, falta de apertura y compromiso con lo diferente. Esta personalización de contenido implicaría en últimas la desaparición del foro público. (Cotino, 2017: 140).

4.3.- Sobre de las consecuencias de las equivocaciones de los algoritmos predictivos

¹² Especial atención ha recibido el asunto de la privacidad en materia de salud.

¹³ Traducción propia del texto original "Facebook's Psych Experiment: Consent, Privacy, and Manipulation".

La policía del estado de Maryland aprovechó su acceso a los centros de mando unificado¹⁴ para vigilar grupos de derechos humanos, activistas por la paz y opositores a la pena de muerte durante un período de diecinueve meses. 53 activistas políticos finalmente fueron clasificados como "terroristas", incluidas dos monjas católicas y un candidato demócrata para un cargo local. El centro de mando unificado compartió estas clasificaciones erróneas de terroristas con las bases de datos federales de combate de drogas y la NSA, todo ello sin otorgar a las personas oportunidad de conocer, y mucho menos corregir el registro (Gray y Citron, 2013: 81).

4.4.- Discriminación

El big data puede eventualmente desembocar en segregación de determinados grupos que han sido perfilados a través de análisis predictivo. Muestra de ello es que, si a través de esta herramienta se indica un pobre historial crediticio, el usuario ni siquiera verá una oferta de crédito de las principales instituciones de préstamos, y no se dará cuenta de que los préstamos están disponibles para ayudarlo con sus prioridades personales o profesionales actuales (Fertik, M, 2013).

4.5.- Análisis predictivo en materia delictual

El Departamento de Policía de Santa Cruz inició en 2011 con un ejercicio a partir de un algoritmo aplicado a los delitos con el objetivo de disminuir la tasa de ocurrencia de los mismos. El algoritmo era el resultado de una investigación del comportamiento antropológico y criminológico. Utilizaba matemática compleja para estimar el crimen y predecir las zonas de alta ocurrencia de estos en el futuro. Su uso fue tan exitoso que ciudades como Los Ángeles, y estados como Carolina del Sur y Arizona implementaron el programa. En este evento, más que un peligro (por el contrario, este es un buen ejemplo del uso adecuado y benéfico del big data y el análisis predictivo), se identifica un reto, toda vez que estas predicciones consistentes en áreas geográficas particulares con mayores probabilidades de ocurrencia de crímenes seguramente producirán más arrestos al ordenar a la policía que las patrulle de manera prioritaria. Esto, a su vez, generará más datos históricos delictivos para esas áreas y de esta manera, aumentar la probabilidad de patrullas. Para aquellos que viven allí, estas zonas bien pueden llegar a ser tanto PII (Información de identificación personal) como otra información demográfica. (Friend, 2013).

¹⁴ Fusion Centers.

5.- PERSONALIZACIÓN DE CONTENIDO

Las mismas herramientas que permiten a los profesionales de marketing identificar y crear grupos de "gemelos estadísticos" o personas de ideas afines, y luego orientar los anuncios para venderles zapatos, viajes y lavadoras también permiten a los estrategas políticos crear "cámaras de eco" llenas de lemas e historias que la gente quiere escuchar, también conocidas como noticias falsas¹⁵. (Burleigh, 2017).

Para comprender de manera más profunda las implicaciones frente a la libertad de expresión que surgen con uso coordinado del big data, el análisis predictivo de datos y los sicográficos, se deben tener en cuenta 2 elementos adicionales: de una parte, las limitaciones cognitivas que son explotadas a través de la manipulación del mercado; por otro, la personalización de contenido que usa elementos de esta manipulación de mercado en la esfera digital. Respecto del primero se puede señalar:

En 1999, Jon Hanson y Douglas Kysar acuñaron el término "manipulación del mercado" para describir cómo las empresas explotan las limitaciones cognitivas de los consumidores. Por ejemplo, todo cuesta \$ 9.99 porque los consumidores ven el precio más cerca de \$ 9 que de \$ 10. Aunque ampliamente citado por académicos, el concepto de manipulación del mercado ha tenido solo un impacto modesto en la ley de protección del consumidor. (Calo, 2014: 995).

Acerca del segundo elemento, Eli Pariser exhibe con claridad un ejemplo que da cuenta del peligro implícito de la personalización de contenido. Efectivamente, en una presentación acerca de su libro "The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You" que se halla alojada en la página de London School of Economics evidencia la diferencia de resultados que obtienen Scott y Daniel al buscar la palabra Egipto en el motor de búsqueda de Google: Scott obtuvo páginas, imágenes y videos de "La crisis en Egipto", "las protestas de 2011" y "Lara Logan"; por su parte, Daniel obtuvo "Viajes y vacaciones", "la página de Egypt daily news" y "CIA world factbook".

De esto precisamente se trata la personalización de contenido, se muestra aquello que interesa al sujeto a partir del análisis de datos predictivo y sicográfico realizado y se aprovechan las limitaciones cognitivas a través de la manipulación de mercado digital. En algún momento lo dijo el propio Mark Zuckerberg: "Una ardilla muriendo frente a tu casa puede ser más relevante para tus intereses en este momento que las personas que mueren en África"¹⁶. Por su parte, Tapan Bhat, en su momento Vicepresidente de Yahoo

¹⁵ Traducción propia del texto original "How big data mines personal info to craft fake news and manipulate voters".

¹⁶ Pariser, E. (2011, 22 de mayo). When the Internet Thinks It Knows You. *The New York Times*. Recuperado de: <https://www.nytimes.com>

decía que "El futuro de la web se trataba de la personalización". En la misma línea, Eric Schmidt, ex director ejecutivo de Google aseveró: "será difícil para las personas mirar o consumir algo que, en cierto sentido, no se haya adaptado para ellos".

El propio Alexander Nix, en materia electoral aseguró que "la publicidad general está muerta, la idea de que todo el mundo recibe el mismo mensaje (...) mis hijos nunca entenderán el concepto de comunicación masiva"¹⁷ y termina con un lapidario: "La comunicación ahora está dirigida, está individualizada para cada persona".

En gracia de discusión podría argumentarse que la personalización del contenido (información) no tiene nada de malo, puesto que se nos muestra aquello que consideran que quizá nos interese o guste más, pero, en primera instancia, es censurable que no se solicite consentimiento para hacerlo, y, en segunda, esta metodología implica que estás teniendo una versión parcializada de la realidad, una edición de la misma ajustada según tu personalidad. Es cierto que Google News proporciona un ejemplo al respecto, con la atractiva sugerencia: "Nadie puede leer todas las noticias que se publican todos los días, así que ¿por qué no configurar tu página para mostrarte las historias que mejor representan tus intereses?" (Sunstein, 2007: 4). Pero esto genera, en definitiva, consecuencias perjudiciales para la democracia deliberativa habermasiana, creándose "enclaves deliberativos" en los que sólo se accede a puntos de vista e identidades que refuerzan las posiciones individuales, contribuyendo a extremar y polarizar la esfera pública (Corredoira y Cotino, 2013: 44-45).

6.- LA CIENCIA COMPORTAMENTAL

En 2013 Robert Shiller¹⁸ ganó el premio Nobel de economía en razón de sus aportes desde la teoría de la ineficiencia de los mercados a partir del estudio de las finanzas comportamentales. Su conocido libro "Exuberancia irracional" que debe su título a la frase que pronunciara Alan Greenspan, ex presidente de la Reserva Federal de los Estados Unidos en 1996 da cuenta de los sesgos que se incluyen en las decisiones financieras. Elementos determinantes desde la sicología, la sociología y la cultura inciden en las decisiones que, finalmente, son lejanas de la pretendida racionalidad de los mercados que cimienta la teoría de la eficiencia del mismo. Su concepción de los mercados le permitió vaticinar las burbujas .com y subprime.

¹⁷ Lo referido se puede escuchar en el minuto 8:37 del video en estos términos: "blanket advertising is dead, the idea that everybody receives the same message... my children will never understand the concept of mass communication".

¹⁸ Es pertinente señalar que en el mismo año ganó también el premio Nobel de economía Eugene Fama quien sostiene la teoría de la eficiencia de los mercados que es contraria a la que pregona Shiller.

En 2002 el sicólogo Daniel Kahneman recibe también el premio Nobel de economía, ¿La razón?: su propuesta de análisis psicológico de la economía y puntualmente del tipo de decisión que se adopta en escenarios de incertidumbre en los que no tenemos en cuenta las probabilidades. Su planteamiento acerca del sistema 1¹⁹ y el sistema 2²⁰ en la toma de decisiones resulta fundamental, así como ineludible es la lectura de su libro "pensar rápido, pensar despacio" en el que los refiere.

Otro reconocido autor que unió la psicología con las finanzas y la economía además de las políticas públicas es Richard Thaler, quien fue galardonado con el premio Nobel de economía en 2017 por sus aportes en materia de falta de autocontrol de los individuos, teoría que se ha materializado en el concepto "nudge" que ha sido exitosamente aplicado a políticas públicas.

Como queda evidenciado con los 3 casos relacionados, las ciencias comportamentales o de la conducta se han consolidado como área sobre y desde la que se construyen teorías interdisciplinarias que afectan las decisiones de los seres humanos en amplios ámbitos que abarcan desde lo que compramos y por qué lo compramos, las decisiones de inversión y ahorro (pensional por ejemplo), la salud, el medio ambiente hasta el matrimonio, entre otras. Estas ciencias también han sido usadas en materia electoral y, como se afirma en este texto, también han servido para sesgar, limitar y vulnerar la libertad de expresión *ex ante*.

Ciertamente, tal y como advierte Burleigh (2017), la tecnología big data ha superado los marcos legales y regulatorios y poco se pregunta sobre la ética de los mensajes políticos basados en evadir la cognición o el pensamiento racional²¹. Esta nueva realidad, desconocida para algunos y que resulta indiferente para otros, tiene consecuencias intrigantes y peligrosas para la democracia.

Alexander Nix en su presentación da un ejemplo de cómo se deben usar las ciencias comportamentales con el objeto de influir en la conducta: si se pretende que las personas no ingresen a una playa por ser privada se pueden plantear 2 tipos de avisos: a) Uno en el que advierta que hasta ese punto llega la playa pública y que, por tanto, nadie puede continuar a partir de allí. b) Otro que indique: "cuidado, tiburones". La más persuasiva a efectos de lograr el objetivo es evidentemente la segunda.

Dentro de las múltiples herramientas que Cambridge Analytica usó en las elecciones presidenciales estadounidenses de 2016 se encontraba la ciencia comportamental. Existe tal nivel de detalle en la identificación de las personas que a través de una aplicación, el mismo Nix podía filtrar por ciudades, filiación política, género, etc. "Finalmente, solo queda un nombre, incluyendo edad, dirección,

¹⁹ Sistema automático.

²⁰ Sistema reflexivo

²¹ Traducción propia.

intereses, personalidad e inclinación política. ¿Cómo dirige ahora Cambridge Analytica a esta persona con un mensaje político apropiado?" (Grassegger & Krogerus, 2017).

7.- EL MODELO OCEAN Y MICHAL KOSINSKI

Michal Kosinski estudió su doctorado en el centro de Psicometría de la Universidad de Cambridge. En compañía de David Stowell y después de que éste lanzara una aplicación denominada MyPersonality en Facebook lograron mediante cuestionarios sicométricos que eran diligenciados por los usuarios de la plataforma completar su "perfil de su personalidad" basados en las denominadas 5 grandes (big five). Estos usuarios podían compartir este perfilamiento en la misma plataforma (Grassegger y Krogerus, 2017).

Kosinski y su equipo refinaron estos modelos predictivos y en 2012 demostró que sobre la base de un promedio de 68 "me gusta" de Facebook de un usuario, era posible predecir su color de piel (con un 95% de precisión), su orientación sexual (88% de precisión) y su afiliación al partido demócrata o republicano (85 por ciento). Pero no se detuvo allí. Inteligencia, afiliación religiosa, así como el consumo de alcohol, cigarrillos y drogas, todo podría determinarse. A partir de los datos, incluso fue posible deducir si los padres de alguien estaban divorciados. En poco tiempo, pudo evaluar a una persona mejor que un colega de trabajo promedio, simplemente sobre la base de diez "me gusta" de Facebook. Setenta "me gusta" eran suficientes para superar lo que sabían los amigos de una persona, 150 lo que sus padres sabían, y 300 "me gusta" lo que su pareja sabía. Más "Me gusta" podrían incluso superar lo que una persona creía saber sobre sí mismo. El día que Kosinski publicó estos hallazgos, recibió dos llamadas telefónicas: una amenaza de demanda y una oferta de trabajo. Ambas de Facebook. (Grassegger y Krogerus, 2017).

Pero más allá de los modelos algorítmicos detrás de estos hallazgos, se encuentra la cuestión de cómo, a partir de ciertos datos se podía dar cuenta del perfil psicológico de alguien de manera tan precisa. La respuesta a ello es el modelo OCEAN o de los 5 grandes rasgos de la personalidad; en efecto, OCEAN es el acrónimo con el que se denominan los siguientes 5 rasgos y que responden a la pregunta que se halla al frente de cada uno de ellos:

O: Openess (Apertura a nuevas experiencias, apertura al cambio): ¿Disfrutas de nuevas experiencias?

C: Conscientiousness (Responsabilidad): ¿Prefieres el orden y la planeación en tu vida?

E: Extraversion (Extroversión): ¿Te gusta pasar tiempo con otros? ¿Eres sociable?

A: Agreeable (Cordialidad o amabilidad): ¿Pones las necesidades de los demás antes que las tuyas?

N: Neuroticism (inestabilidad emocional o neuroticismo): ¿Te preocupas mucho?

A cada rasgo le corresponden diferentes escalas, que, leídas en conjunto, dan como resultado una predicción acerca de la personalidad de quien absuelve los cuestionarios. Tradicionalmente, esta era la metodología para evaluar la personalidad; sin embargo, a partir del modelaje de Kosinski, las preguntas no son necesarias. Bastan unos simples likes en Facebook para determinarla; de hecho, ya ni siquiera se requiere de esta red social (u otras) para poder aplicar el modelo. Kosinski concluye que nuestro teléfono inteligente es un "vasto cuestionario psicológico que constantemente estamos diligenciando, tanto consciente como inconscientemente" (Grassegger y Krogerus, 2017).

Sin embargo, más allá de esta innovación, queda un asunto complejo de abordar para el derecho, ya que esta herramienta también funciona en el sentido inverso: no solo se pueden crear perfiles psicológicos a partir de tus datos, sino que también se pueden usar al revés para buscar perfiles específicos: todos los padres ansiosos, todos aquellos enojados introvertidos, por ejemplo, ¿o tal vez incluso todos los demócratas indecisos? Esencialmente, lo que Kosinski ha inventado era una especie de motor de búsqueda de personas. Empezó a reconocer el potencial, pero también el peligro inherente, de su trabajo. (Grassegger y Krogerus, 2017).

Este desarrollo supone una clara amenaza para la libertad de individuo y de manera puntual para la libertad de expresión, que tal y como se ha referido, se ve vulnerada de manera previa; esto es, ex ante. Efectivamente, como asevera Nix: "La comunicación está personalizada para cada individuo: En caso de elecciones, aquellos temas que más te interesan pero que han sido matizados para reflejar la forma en que ves el mundo"²² (Nix, youtube, 2016).

8.- EL CASO CAMBRIDGE ANALYTICA

En 2010 Facebook permitió que Apps recolectaran datos de los usuarios a partir del lanzamiento de "Open Graph" (a través de esta Kosinski y Stiwell aplicaron su metodología). En el centro de la controversia se encuentra Aleksandr Kogan, sicólogo y neurocientífico de la Universidad de Cambridge quien a principios de 2014 se acercó a Kosinski señalando que se encontraba investigando a nombre de una compañía (cuyo nombre no podía revelar), que estaban interesados en su método y que querían acceder a la base de datos de MyPersonality (tampoco reveló el propósito de ello). En principio Kosinski consideró la oferta, ya que ella aparejaba una gran suma de dinero para el instituto. Posteriormente Kogan reveló el nombre de la empresa para la cual realizaba la gestión, se trataba de SCL (Strategic Communication Laboratories). Kosinski buscó la

²² Lo referido se puede escuchar en el minuto 8:55 del video en estos términos: "In case of elections, issues that you care about most but that have been nuanced in order to reflect the way you see the world"

compañía en Google y se dio cuenta que su objeto social era el de "administración de elecciones". SCL proporciona marketing basado en modelos psicológicos. Uno de sus enfoques principales: influir en las elecciones. (Grassegger y Krogerus, 2017).

A partir de esta búsqueda, Kosinski evidenció que empresas relacionadas con SCL habían participado en elecciones desde Ucrania a Nigeria y habían ayudado al monarca de Nepal contra los rebeldes. En 2013, SCL creó una nueva compañía para participar en las elecciones en los Estados Unidos: Cambridge Analytica. (Grassegger y Krogerus, 2017).

Según un informe de diciembre de 2015 en The Guardian y documentos internos de la compañía entregados a Das Magazin, se prueba que SCL se enteró del método de Kosinski a través de Kogan, quien había registrado una empresa (GSR Global Science Research) que hacía negocios con SCL. (Nature, 2018).

La información que Kogan entregó a Cambridge Analytica la recolectó a través de la aplicación "Thisisyourdigitallife", logrando acceder a datos de 87 millones de personas a partir de 300 mil personas que contestaron el cuestionario. Aplicando la metodología de Kosinski logró determinar la personalidad de estos (a través del método OCEAN) y, de esta manera, Cambridge Analytica logró influenciar a favor de Donald Trump, las elecciones presidenciales de 2016. (Nature, 2018).

Cambridge Analytica, según su director, Alexander Nix, es una compañía que usa datos para cambiar el comportamiento del público, con finalidades tanto comerciales, como políticas. Este objetivo se logra con el uso de los datos personales; presentando publicidad, noticias e información a la medida de cada votante.

Cambridge Analytica dividió la población de Estados Unidos en 32 tipos de personalidad y se enfocó en 17 Estados, descubriendo, por ejemplo, que preferir carros hechos en el país era un gran indicador de potenciales votantes por Trump. La decisión de enfocarse en las últimas semanas en Michigan y Wisconsin se adoptó con base en el análisis de datos según la investigación de Grassegger y Krogerus.

La cantidad de información personal que se encuentra en línea que luego es analizada mediante algoritmos determina qué tipo de personalización de mensajes políticos se requieren para grupos cada vez más pequeños de personas con ideas afines. Aunado a esto, las vastas y crecientes bases de datos recopiladas para el comercio y la policía también están a la venta para los políticos y sus estrategias, que ahora pueden saber más sobre usted que su cónyuge o sus padres. Los análisis sicográficos ni siquiera requieren Facebook. Las computadoras pueden clasificar a las personas psicológicamente utilizando miles de puntos de datos disponibles en el mercado. (Grassegger y Krogerus, 2017).

9.- PROTECCIÓN DE DATOS

La protección de datos tradicionalmente se ha enfocado en el consentimiento del titular de estos. Sin embargo, este elemento por si solo carece de efectividad: de una parte, el consentimiento se encuentra establecido por defecto y es habitual que las personas no lean los términos de concesión del mismo. De otra, la imposibilidad de renunciar al uso de las IT y la ausencia de una cultura de la privacidad, implica que materialmente la garantía es irreal o inefectiva (Rubinstein, 2013). Esto genera en últimas, que el consentimiento se torne en una carta blanca al descontrol del flujo de los datos personales (Cotino, 2017: 145).

Un elemento que no se ha tenido completamente en cuenta es la diferencia existente entre el simple uso de datos por parte de una empresa a su uso en el contexto de los macrodatos. En efecto, la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas implican una gran dificultad respecto de las finalidades del uso de estos. De entrada, en muchas ocasiones no se conocen cuales son estas finalidades; siendo claro que tampoco los ciudadanos pueden consentir de manera informada respecto de lo que determinados algoritmos realizarán a partir de ellos.

Es, por tanto, una falacia afirmar que se pueda obtener el consentimiento para tratar una infinita cantidad de datos que se generan en el ámbito de modelos de negocios en los cuales se realiza un análisis comportamental y de predicción de los consumidores (Martínez, 2014: 89). "El usuario no suele ser consciente de que está dando todos esos permisos. Sociólogos norteamericanos han calculado que necesitaríamos 100 días para leer y entender todos los contratos de consentimiento que aceptamos por usar apps, redes sociales." (Valero, 2014: 47)

En esa línea, se ha argumentado que la regulación²³ existente se ha quedado corta frente a los nuevos modelos de negocios y usos de los datos personales (Rubinstein, 2012). Una de las herramientas propuestas para lograr evitar este incontrolable manejo de los datos personales y la vulneración de la intimidad de los usuarios (de su información de identificación personal²⁴) ha sido la de la anonimización de los mismos. Esta técnica pretende eliminar los peligros inherentes al uso de datos privados. Por ejemplo, borrando los nombres y el documento de identificación de las personas, así como los números de cuentas bancarias y el código de identificación universitario (Ohm, 2009: 1703). No obstante, existen técnicas que permiten desanonimizar estos datos, y, finalmente, identificar a las personas titulares de los mismos.

²³ Aún la General Data Protection Regulation (GDPR) de 2016 proferida por la Unión Europea.

²⁴ PII Personally Identifiable Information.

10.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ERA DIGITAL

La libertad de expresión se enfrenta a desafíos que la dinámica social le presenta. Uno de ellos es el contexto digital en el que los parámetros tradicionales para salvaguardarla se ven en ocasiones obsoletos; en ese sentido, se ha propuesto, entre otras:

10.1.- Derechos de las máquinas

A partir del asistente personal inteligente de Apple Siri, Toni Massaro y Helen Norton se cuestionan, no solo si las máquinas tienen derechos, si no si estos pueden protegerse. De manera puntual les inquieta saber si lo que expresa una máquina (en este caso desarrollada bajo inteligencia artificial) puede ser cobijado por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Así, las tecnologías "pueden evadir las categorías legales convencionales de manera que empujarán a los tribunales a redefinir las categorías más antiguas, con efectos que nos resultan difíciles de imaginar anticipadamente"²⁵ (Massaro y Norton, 2016: 1171).

Plantean, que en algún momento, se podría imaginar que los altavoces de los computadores puedan estar lo suficientemente desconectados y que sean lo suficientemente inteligentes como para afirmar que el discurso que producen es el suyo, no el nuestro, sin un creador o director humano a la vista (Massaro y Norton, 2016: 1172). Si bien, puede que este escenario jamás se materialice, los autores brindan un argumento mucho más persuasivo a efectos de clamar por protección legal del discurso de los dispositivos inteligentes. Señalan que el riesgo reside en que un gobierno tipo "Orwelliano" pretenda la supresión de determinado discurso proferido por Inteligencia Artificial que no se alinea con el establecimiento, lo que implicaría, que los tribunales deberían interpretar la Primera Enmienda para proteger este tipo de discurso (Massaro y Norton, 2016: 1174). Sería, por tanto, una suerte de factor de conexidad con la libertad de expresión de los seres humanos, lo que le brindaría esta protección al discurso de los dispositivos inteligentes.

10.2.- Libertad de expresión artificial

Tim Wu se realiza 2 interesantes preguntas: ¿Las máquinas hablan?, si ello es así, ¿Son titulares del derecho constitucional a la libertad de expresión? (Wu, 2012). Google es una de las empresas que defienden la tesis de que ello, en efecto, es así. El profesor de derecho de la Universidad de California Eugene Volokh elaboró un artículo denominado "Google, Microsoft's Bing, Yahoo! Search, and other search engines are speakers" en el que sostuvo exactamente la

²⁵ Traducción propia del texto original "Siri-ously? Free Speech Rights and Artificial Intelligence".

misma afirmación. Sin embargo, Wu considera que: debemos vacilar antes de permitir que los principios más elevados de la Carta de Derechos se conviertan en poco más que simples herramientas de ventaja comercial. Dar a las computadoras los derechos destinados a los humanos es elevar nuestras máquinas por encima de nosotros mismos²⁶ (Wu, 2012).

Como queda en evidencia, la libertad de expresión en la era digital se halla lejos de esferas pacíficas en cuanto a su delimitación y alcance. Si a esto se suma la irrupción de los sicográficos, así como el análisis predictivo a partir del big data, la personalización de contenido y los intereses, no solo comerciales, sino también políticos. Se tiene que los derechos en general, y la libertad de expresión, en particular, deben ser re conceptualizados a efectos que lograr una protección efectiva de los mismos.

Como señala Pariser, respecto de los peligros que entraña para la democracia la personalización de contenido político a partir del análisis sicográfico de los votantes: de una parte, se dejan de escuchar los argumentos políticos y, por tanto, de debatir alrededor de estos, y, al tener tantos mensajes específicos para grupos de personas estadísticamente significativas diferentes, ni siquiera se comprende lo que se argumenta (Burleigh, 2017)²⁷.

De esta forma, si se interesa en la política, puede limitarse a determinados puntos de vista de aquellas personas con las que se encuentra de acuerdo. Y debido a que es tan fácil aprender sobre las opciones de "personas como usted", innumerables personas toman las mismas decisiones que otras personas como ellos (Sunstein, 2007: 2)²⁸.

Tal y como acertadamente propone Miralles (2013), deslindar la frontera entre "influir" en las decisiones y "generarlas", es tarea compleja, ¿en qué punto se dejan de brindar datos e información que permiten valorar y tomar una decisión libre y se pasa a inducir las decisiones a través de herramientas que coartan el elemento libertad?

La intervención de Cambridge Analytica en las elecciones presidenciales de los Estados Unidos de 2016 es un claro ejemplo de decisiones inducidas (que evidentemente coartan la libertad de expresión *ex ante*). La campaña Trump dirigió publicidad que solo podía ser vista por usuarios con perfiles específicos como afroamericanos, en la que Hillary Clinton a través de video se refería a ellos como depredadores; en tanto que, en Little Haiti en Miami se difundió información acerca del fracaso de la Fundación Clinton ayudando después del terremoto de Haití, lo que evitó que muchas de estas personas votaran por ella. Facebook demostró ser el arma

²⁶ Traducción propia del texto original "Free Speech for Computers?".

²⁷ Traducción propia del texto original "How big data mines personal info to craft fake news and manipulate voters".

²⁸ Traducción propia del texto original "Republica.com2".

definitiva y la mejor campaña electoral. (Grassegger y Krogerus, 2017).

11.- REGULACIÓN

Tal y como afirma Burleigh (2017), el Big Data ha superado el marco regulatorio disponible, no obstante ello, no existen discusiones a nivel legislativo con alta prioridad cuestionando lo que la minería de datos implica para la intimidad o acerca del manejo ético de datos en el marco de los mensajes políticos basados en evadir la cognición o el pensamiento racional. El 11 de abril de 2018, Mark Zuckerberg testificó ante el Congreso de los Estados Unidos y tanto él, como los legisladores parecían estar de acuerdo en regular el potencial de influencia de las redes sociales en materia electoral, sin embargo, a la fecha, no existe claridad acerca del tipo de regulación que se debe implementar.

Tan poca claridad se tiene acerca de la adecuada regulación en la materia, que en Estados Unidos, de momento, se ha elegido el camino de la autoregulación. En esa línea, empresas que tienen acceso a gran cantidad de datos, como facebook, han optado por brindar mayor seguridad a las cuentas de sus usuarios²⁹.

Existen diferencias regulatorias entre Europa y Estados Unidos puntualmente acerca de la opción por "default" que se aplica a los usuarios. En efecto, mientras que en Europa se requiere autorizar de manera expresa el uso y publicación de datos, en Estados Unidos, se puede realizar, a menos que el usuario opte por no permitirlo. En esta materia, los conceptos de "Nudge" (empujoncito) y de arquitectura de elección que ha planteado Richard Thaler, resultarían de valiosa aplicación en el marco del "paternalismo libertario". Elementos que, aunque de importancia capital para los días que corren, exceden la pretensión que en este corto texto se plantea.

Hoy, se pueden identificar diversos instrumentos que pretenden servir de marco regulatorio al uso de datos masivos en internet, entre estos:

11.1.- Reglamento General de Protección de Datos (General Data Protection Regulation (GDPR) -Reglamento 2016/679-)

Regula la privacidad y protección de datos en la Unión Europea, fue aprobada en 2016 y entró en vigor en 2018. A través de este reglamento se reemplazó la Data Protection Directive (DPD) (Directiva 45/96/CE de 1995).

²⁹ En abril de 2018 Facebook aclaró en un comunicado que habían tenido que expandir su enfoque de seguridad desde el comportamiento abusivo tradicional, como la piratería de cuentas, el malware, el spam y las estafas financieras, para incluir formas de abuso más sutiles e insidiosas, incluidos los intentos de manipular el discurso cívico y engañar a las personas.

Esta normatividad resulta novedosa por cuanto crea diferentes categorías de datos (genéticos por ejemplo), así como principios (enfoque de riesgo y responsabilidad proactiva) y nuevos derechos (portabilidad de datos y limitación de tratamiento -artículo 18-, otros como el derecho de supresión -artículo 17-, es conocido en Colombia como el derecho al olvido).

11.2.- Opinión 5/2014 de 10 de abril- Grupo de trabajo del artículo 29 sobre anonimización

Si bien, en desarrollo del artículo 68 del Reglamento General de Protección el Grupo de Trabajo del artículo 29 cesó en sus funciones para que asumiera las mismas la Junta Europea de Protección de Datos, el dictamen 5 de 2014 continúa siendo una herramienta relevante a través de la cual se pretendió regular la forma en la cual se anonimizan los datos de forma irreversible. Con esa finalidad, se identificaron, entre otros, los principales riesgos en el proceso de anonimización (singularización, vinculatoriedad e inferencia).

11.3.- European Parliament resolution of 14 March 2017 on fundamental rights implications of big data: privacy, data protection, non-discrimination, security and law-enforcement

En esta Resolución, el Parlamento Europeo señala la importancia de salvaguardar los derechos fundamentales en un marco poco regulado de las relaciones creadas a partir del uso del Big Data y el análisis de datos. Entre estos, como uno de los principales sujetos de tutela, el derecho a la libertad de expresión³⁰.

Al igual que en los 2 instrumentos regulatorios referidos previamente, las disposiciones se quedan cortas al desconocerse los alcances de estas nuevas tecnologías disruptivas. No obstante, es de resaltar la imperiosa necesidad que se explicita en cuanto al resguardo de garantías personales de los asociados.

³⁰ I. (...) but also entails significant risks, namely with regard to the protection of fundamental rights, such as the right to privacy, data protection and data security, but also freedom of expression and non-discrimination, as guaranteed by the EU Charter of Fundamental Rights and Union law; (...)

13. Calls on the Commission and Member States to ensure that data-driven technologies do not limit or discriminate access to a pluralistic media environment, but rather foster media freedom and pluralism; emphasises that cooperation between governments, educational institutions and media organisations will play a pivotal role in ensuring that digital media literacy is supported in order to empower citizens and protect their rights to information and freedom of expression;

11.4.- Honest Ads Act

Esta ley estadounidense (S.1989) de 19 de Octubre de 2017 tuvo su génesis en un informe³¹ presentado por la Oficina del Director Nacional de Inteligencia en el que se afirmaba la influencia rusa en las elecciones de 2016. A través de esta norma, se pretende regular la publicidad y las campañas políticas llevadas a cabo a través de los medios masivos electrónicos tales como Google o Facebook.

Dentro de las medidas adoptadas, se encuentra la de obligar a las plataformas en línea a mantener y permitir el acceso al historial de compras de "publicidad política calificada" realizada por cualquier persona si supera los 500 dólares en el año calendario, lo anterior, a efectos de poder efectuar inspección pública de esta información. Por "publicidad política calificada", se entiende cualquier anuncio de cualquier tipo que es hecho por o en favor de algún candidato o que comunica un mensaje político de importancia nacional.

Aunque esta ley no pretende garantizar el derecho a la libertad de expresión, si resulta importante traerla a colación debido a la importancia manifiesta de las plataformas en línea en ejercicios de elección popular, al punto de requerirse de su regulación para garantizar el correcto debate en escenarios deliberativos informados sobre la base de hechos, datos e información fidedigna que asegure posiciones críticas por parte de la comunidad.

11.5.- Ley estatutaria 1581 de 2012

Esta ley colombiana que tiene como finalidad la protección de los datos personales de los ciudadanos, en su artículo 5 refiere el concepto de "datos sensibles". Dentro de estos, incluye aquellos que puedan revelar la orientación política o la pertenencia a asociaciones que promuevan derechos y garantías, así como datos biométricos, origen racial, etc. Sin embargo, esta normatividad, de carácter puramente formalista, es claramente insuficiente frente a los fenómenos de captación de información y su manejo a través de Big Data y análisis predictivo y sicográficos. Muestra de ello es su casi nula referencia al internet o a medios en línea.

Este compendio normativo no refiere en ninguno de sus apartes la protección del derecho a la libertad de expresión, como tampoco lo hace el Decreto reglamentario 1377 de 2013.

³¹ En el informe se aseveró: (1) On January 6, 2017, the Office of the Director of National Intelligence published a report titled "Assessing Russian Activities and Intentions in Recent U.S. Elections", noting that "Russian President Vladimir Putin ordered an influence campaign in 2016 aimed at the U.S. Presidential election ...". Moscow's influence campaign followed a Russian messaging strategy that blends covert intelligence operation—such as cyber activity—with overt efforts by Russian Government agencies, State-funded media, third-party intermediaries, and paid social media users or "trolls."

Hoy no se habla acerca de protección de datos en términos absolutos ¿dónde inicia la protección? ¿cómo se sabe a través de que instrumento, plataforma o empresa se logró el acceso a la misma?. Sin que esto quede claro, leyes como la 1581 serán ineficaces en su finalidad de proteger los datos. Naturalmente esta amenaza se encuentra vinculada intrínsecamente al derecho a la intimidad (y de manera concreta al derecho de protección de datos), la igualdad, el consentimiento en el manejo de datos y el habeas data, así como la regulación de actividades económicas privadas y el uso por parte del gobierno de la información obtenida.

Tal y como se ha evidenciado en las cortas referencias normativas vertidas en las líneas que anteceden, la reglamentación del Big Data, del análisis predictivo y de la personalización de contenido es casi inexistente y la que se ha elaborado es incipiente al desconocerse los límites materiales, implicaciones y peligros que significan para los derechos fundamentales y de manera puntual, acerca de la amenaza que representan frente al derecho a la libertad de expresión.

12.- PROPUESTA

Se ha pretendido con los elementos relacionados en estas líneas, fundamentar la tesis según la cual, la libertad de expresión se ve vulnerada en virtud del uso de tecnologías de recolección y análisis de datos. Sin embargo, esta trasgresión del derecho es sui generis y sutil, ya que no se enmarca en el tradicional escenario fáctico en el que se impide expresar lo que se piensa, sino que, se adecúa un escenario previo a la expresión para que, atendiendo a los gustos e intereses propios históricamente rastreados, se genere la sensación de que el mundo es tal y como se piensa por parte de cada sujeto, impidiendo contrastar ideas arraigadas con los pensamientos, posiciones y argumentos de otras personas o grupos de personas que tienen consideraciones distintas de quien se expresa.

Ello, aunado al hecho de las redes de contactos que se generan en torno al pensamiento generalizado de la pequeña comunidad, crea la sensación de una especie de "profecía autocumplida" en la que al verificarse que los demás piensan como el sujeto, se refuerza la idea inicial de que el mundo (posiciones políticas, consideraciones en cuanto a candidatos a cargos de elección popular, corporaciones públicas, instituciones jurídicas, cambio climático, ideología económica, etc.) es tal y como se concibe. Por tanto, lo que se expresa viene previamente dispuesto para que así se exteriorice. Se plantea que esta es una forma diversa y nueva de coartar la libertad de expresión, al sesgar y limitar la información de la cual se dispone y a la cual se accede.

A efectos de disminuir la afectación al derecho de libertad de expresión tal y como se ha evidenciado, sugiero las siguientes posibilidades:

1. Generar la posibilidad de que las personas se encuentren frente a posiciones, tesis e ideologías que no hayan elegido de manera anticipada o que les sean presentadas teniendo en cuenta sus gustos, búsquedas históricamente consideradas y afinidades exteriorizadas, tanto explícita, como implícitamente.

Esta idea halla fundamento en lo que expone Cass Sunstein en su obra *Republic.com2* a efectos de garantizar una democracia en la que no se generen fragmentación y extremismos propios y derivados de la acción comunicativa exclusiva entre personas afines que solo hablen entre sí (Sunstein, 2007: 6).

Es claro que los gobiernos no pueden imponer una particular visión del mundo y enmarcada en esta prohibición, se encuentra, evidentemente, la de forzar a las personas a encontrarse con aquello que pretenden de antemano evitar. Para solucionar esta problemática, se permitiría la opción al ciudadano de manifestar de manera expresa su voluntad, y, por tanto, actuar en consecuencia, esto es, que no se le presente determinado contenido. Esta tesis se encuentra enmarcada en el concepto de "paternalismo libertario" (al cual suscribo) acuñado por Thaler y el propio Sunstein en la obra "Nudge". Se plantea un sistema en el cual la opción de encontrar información no elegida de antemano o que comulgue con los gustos e intereses propios sería la elegida "por defecto", a menos que, la persona elija solo ver aquello que le interese y vete determinado tipo de contenido que desee ignorar. Esta fórmula, permitiría, de una parte, tutelar la libertad de elección de los ciudadanos, a la vez que lograría que las personas se vean enfrentadas a posiciones que difieren de las personales. Ejercicio connatural e inherente a escenarios de debates democráticos.

Esta propuesta en últimas implica que los ciudadanos expresarían su posición, una vez ha sido contrastada con argumentos contrarios a los que se tienen arraigados. De ese modo, en primer término, se eliminaría la vulneración a la libertad de expresión ex ante aquí insinuada, y, en segunda instancia, se disminuirían las posibilidades de tener una sociedad extremista y fragmentada.

2. Permitir que las personas se vean expuestas a experiencias comunes puede incrementar los consensos en torno a los problemas que la sociedad enfrenta. Esto, aumentará la cohesión social (Sunstein, 2007. p.6), y permitirá que lo que se exprese cuente con un sustento diverso a las ideas arraigadas en cada persona (o grupo homogéneo de personas) así como un elemento subyacente común. Esta propuesta, de compleja materialización, claro está, encontraría la misma censura expuesta en la idea 1 de este acápite según la cual, ello significaría la imposición de un modelo de bien considerado por el Estado que coartaría la libertad individual. No obstante, la respuesta a tal objeción sería la misma esbozada anteriormente; es decir, partir del respeto por la elección individual, pero garantizando una opción por defecto para que las personas experimenten vivencias comunes.

Finalmente, una opción disruptiva respecto de la situación actual, pero que de momento parece prometedora, consiste en evitar que sean grandes empresas las que manejen los datos personales de los ciudadanos. Por el contrario, serían los mismos ciudadanos los que determinan qué tipo de datos comparten, con qué empresas y personas y cuáles de ellos desean que sean públicos. Así, la información estaría descentralizada y no dejaría huella, evitando el escenario de análisis predictivo y personalización de información a través del big data que es en últimas lo que genera la vulneración a la libertad de expresión ex ante. Ejemplo de esta iniciativa es la del proyecto Decode que es financiado por diferentes entidades de la Unión Europea y que tiene como ciudades piloto a Barcelona y Ámsterdam; así como la que adelanta Aral Balkan y su equipo en la ciudad belga de Ghent.

13.- REFERENCIAS

Bollier, David (2010). *The Promise and Peril of Big Data*. Washington The Aspen Institute. Disponible en:

https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/files/content/docs/pubs/The_Promise_and_Peril_of_Big_Data.pdf

Boyd, Danah and Crawford, Kate (September 21, 2011): Six Provocations for Big Data: A Decade in Internet Time: Symposium on the Dynamics of the Internet and Society. SSRN. Disponible en:

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1926431>

Burleigh, N (2017, 6 de agosto): How big data mines personal info to craft fake news and manipulate voters. *Newsweek*. Disponible en: www.newsweek.com

Calo, Ryan (August 15, 2013): Digital Market Manipulation. 82 *George Washington Law Review* 995 (2014); *University of Washington School of Law Research Paper No. 2013-27*. SSRN. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2309703>

Chaudhuri, K., and Hsu, D.J. (2011): *Sample Complexity Bounds for Differentially Private Learning*. JMLR workshop and conference proceedings. pp 155-186. Disponible en: <http://proceedings.mlr.press/v19/chaudhuri11a/chaudhuri11a.pdf>

Corredoira L. y Cotino L (Dir.)(2013): *La selección y personalización de noticias por el usuario de nuevas tecnologías*. En: *Libertad de expresión e información en Internet*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales pp 41-56.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 10 de noviembre de 2016. Magistrado Ponente. Jorge Iván Palacio. Sentencia T-622 de 2016

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Sentencia del 5 de abril de 2018. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa. STC4360-2018.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Sentencia del 26 de Julio de 2017. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa. STC4360-2017.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Sentencia del 16 de Agosto de 2017. Magistrado Ponente: Fernando Castillo Cadena. STL12651-2017.

Cotino, L (2017). Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. Dilemata. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, No 24. 131-150. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6066829>.

Fertik, M (2013). The Rich See a Different Internet Than the Poor. Ninety-nine percent of us live on the wrong side of a one-way mirror. *Scientific American*. Available at: www.scientificamerican.com

Friend, Z (2013). Predictive Policing: Using Technology to Reduce Crime, FBI L. ENFORCEMENT BULL. Disponible en: <https://leb.fbi.gov/articles/featured-articles/predictive-policing-using-technology-to-reduce-crime>

González, R. J (2017). "Hacking the citizenry?: Personality profiling, 'big data' and the election of Donald Trump". *Anthropology Today*, vol. 33, N° 3: pp. 9-12. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/1467-8322.12348>

Grassegger, H. & Krogerus, M (2017, 28 de Enero): The Data That Turned the World Upside Down How Cambridge Analytica used your Facebook data to help the Donald Trump campaign in the 2016 election. *Motherboard*. Disponible en:

https://motherboard.vice.com/en_us/article/mg9vvv/how-our-likes-helped-trump-win

Gray, David C. and Citron, Danielle Keats (March 5, 2013): The Right to Quantitative Privacy. *Minnesota Law Review*, Vol. 98, 2013; U of Maryland Legal Studies Research Paper, 2013-23. *SSRN*. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2228919>

Martínez, Ricard (2014): "Ética y privacidad de los datos", texto escrito de la Jornada: Big Data: de la investigación científica a la gestión empresarial, Fundación Ramón Areces, 3 de julio de 2014, http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/conferencias/ppt/1776180509_1472014102438.docx

Massaro, Toni M. and Norton, Helen L (October 4, 2016). Seriously? Free Speech Rights and Artificial Intelligence. 110 *Northwestern University Law Review* 1169 (2016), *Arizona Legal Studies Discussion Paper* No. 15-29. *SSRN*. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2643043>

Kranzberg, M (1986). *Technology and History: Kranzberg's Laws*, The Johns Hopkins University Press and the Society for the History of Technology. vol. 27, N° 3: pp. 544-560. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/3105385?seq=1#page_scan_tab_contents

Meredith, A (2017). How to Use Psychographics in Your Marketing: A Beginner's Guide, *Hubspot*. Available at: <https://blog.hubspot.com/insiders/marketing-psychographics>

Nature (2018). Cambridge Analytica controversy must spur researchers to update data ethics. A scandal over an academic's use of Facebook data highlights the need for research scrutiny, *Nature*. Disponible en: <https://www.nature.com>

Nix, A (2016). YouTube. Video. Disponible en

<https://www.youtube.com/watch?v=n8Dd5aVXLCc>

Nino, C. S (2003): *Introducción al análisis del derecho*. (Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2ª edición ampliada y revisada. 12ª reimpresión).

Ohm, Paul (August 13, 2009): Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization", *UCLA Law Review*, Vol. 57, p. 1701, 2010; U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 9-12. *SSRN*. <https://ssrn.com/abstract=1450006>

Pariser, E. (2011, 22 de mayo). When the Internet Thinks It Knows You. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com>

Pariser, E. (SF). The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You. *LSE*. <http://www.lse.ac.uk>

Rubinstein, Ira (October 5, 2012). Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?, *International Data Privacy Law* (2013 Forthcoming); NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 12-56. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2157659>

Solove, Daniel J (November 4, 2012). Privacy Self-Management and the Consent Dilemma", *126 Harvard Law Review* 1880 (2013); GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-141; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-141. *SSRN*. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2171018>

Solove, D. (2014, 7 de Julio). Facebook's Psych Experiment: Consent, Privacy, and Manipulation. *Teachprivacy*. Disponible en: <https://teachprivacy.com/facebooks-psych-experiment-consent-privacy-manipulation/>

Sunstein, C. (2007). *Republic.com 2.0*. PRINCETON; OXFORD: Princeton University Press. <http://www.jstor.org/stable/j.ctt7tbsw>

Terry, Nicolas P (September 27, 2012). Protecting Patient Privacy in the Age of Big Data", *Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper No. 2013-04*; *University of Missouri-Kansas City Law Review*, Vol. 81, No. 2, 2012. *SSRN*. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2153269>

THALER, R. & Sunstein, C. (2009): *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. *Yale University Press, New Haven & London*.

VALERO, Mateo (2014): "El estado del arte del Big Data & Data Science. La revolución de los datos". Texto escrito de la Jornada: Big Data: de la investigación científica a la gestión empresarial, Fundación Ramón Areces, 3 de julio de 2014.

Wang, Y. y Kosinski, M. (2018): Deep neural networks are more accurate than humans at detecting sexual orientation from facial images. *Journal Of Personality And Social Psychology*, 114(2), 246-257. doi: 10.1037/pspa0000098

Wells, W. D. (1975). Psychographics: A Critical Review. *Journal Of Marketing Research (JMR)*. JSTOR. Vol 12, No 2, pp.196-213.

Wu, T. (2012, 19 de junio). Free Speech for Computers? *The New York Times*. Disponible en: <https://www.nytimes.com>

EL FIN DE LA HISTORIA. TREINTA AÑOS DESPUÉS*

THE END OF HISTORY. THIRTY YEARS ON

Massimo La Torre**

RESUMEN: La caída del Muro de Berlín fue saludado por muchos analistas y académicos como el inicio de una nueva era. Con el fin de la Guerra Fría se vislumbraba una nueva etapa de paz y prosperidad. Tras la "revolución liberal" algunos avistaban el "fin de la historia". Pero tal esperanza se disipó rápidamente: la desaparición del "socialismo real" relanzó un capitalismo desenfrenado y no sólo en los países ayer bajo la órbita soviética. El ordoliberalismo entendido como el establecimiento de un modelo económico altamente competitivo y garantizado jurisdiccionalmente, se infiltró también en las instituciones europeas. La crisis del año 2010 vino a confirmar para Europa su deriva neoliberal, tecnocrática. La onda expansiva del 9 de noviembre de 1989 aún no ha concluido. Nuevas turbulencias aguardan. El Brexit también puede interpretarse en esta clave, como una empresa más de demolición, "liquidación", "liberalización".

ABSTRACT: *The fall of the Berlin Wall was hailed by many analysts and academics as the start of a new era. With the end of the Cold War, a new stage of peace and prosperity loomed. After the "liberal revolution", some sighted the "end of history". But such hope quickly dissipated: the disappearance of "real socialism" re-launched rampant capitalism and not only in the countries yesterday under the Soviet orbit. Ordoliberalism understood as the establishment of a highly competitive and jurisdictionally guaranteed economic model also infiltrated the European institutions. The crisis of 2010 confirmed for Europe its neoliberal, technocratic drift. The shock wave of November 9, 1989, has not yet ended. New turmoil waits. Brexit can also be interpreted in this key, as another demolition company, "liquidation", "liberalization".*

PALABRAS CLAVE: muro de Berlín, socialismo real, Unión Europea, ordoliberalismo, brexit.

KEYWORDS: *Berlin wall, real socialism, European Union, ordoliberalism, brexit.*

Fecha de recepción: 30/03/2020

Fecha de aceptación: 06/04/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5513>

* Traducción de Francisco M. Mora-Sifuentes. Universidad de Guanajuato, México.

** Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Magna Graecia de Catanzaro, Italia. Departamento di Scienza e Storia del Diritto. Viale Pio X, 250. C.P.: 88100. Catanzaro, Italia. E-mail: mlatorre@unicz.it

1.-

En el verano de 1989 me fue concedida una beca de la Academia de Ciencias de Alemania Oriental, la *Akademie der Wissenschaften der DDR*, para una estancia en Berlín oriental. Tal beca me fue otorgada con la finalidad de culminar mi investigación sobre la doctrina jurídica nacionalsocialista. Llegué a Alemania oriental, después de un viaje en tren vía Viena y Praga, a principios de agosto del año mencionado. Recuerdo un verano bastante aplacible que, aunque luminoso, no fue caluroso pero tampoco frío o lluvioso, como los que habían ocurrido años antes en el norte de Alemania. De tal forma que comencé a recorrer por todo lo largo y ancho el Berlín comunista, especialmente lo que constituye el eje formado entre *Unter den Linden* y *Friedrichstrasse*, que se interrumpía bruscamente en el *Checkpoint Charlie*, el punto de control entre las dos partes de la ciudad dividida.

La ciudad era bonita, si bien todavía se percibía y asomaba alguna que otra señal de la guerra y sus ruinas, revelando un pasado de total destrucción. No había signos de pobreza o escasez extrema. En los supermercados había alimentos, bienes de consumo, sin tantas restricciones, aunque, por supuesto, no había demasiadas marcas. La fruta fresca era escasa. No había plátanos, que eran objeto de una imaginación y deseo intenso por parte de los berlineses orientales. Pero la leche, los huevos, el café, el azúcar, etcétera, estaban disponibles sin problemas. Ello contrastaba bastante con lo que había visto en Polonia ese mismo año, donde había encontrado miseria y degradación. El olor a acre, el hedor de las ciudades, me recordaba el olor típico de los cuarteles pobres de mi ciudad siciliana. De vuelta en Berlín, restaurantes y cafeterías ofrecen comidas, platos de excelente calidad. Las calles estaban llenas de vida y, a lo largo del día, especialmente en la noche, se descubría una ciudad paralela, oculta, compuesta de comerciantes ilegales, lugares ocultos llenos de gente, autos privados (a menudo *Trabant*) que servían como taxis, había filas para entrar en un salón de baile con teléfonos en las mesas. Pero también había largas colas en la librería de la *Alexanderplatz*, en el centro de la ciudad, donde buena parte de los libros -la mitad, tal vez- estaban en ruso, además de los *MEW*, por supuesto, las obras completas de Marx y Engels en más de veinte volúmenes que pude haber comprado, pero no lo hice -y ahora lo lamento-, por unos pocos miles de liras. El tráfico justo a las afueras del centro estaba regulado en la rotonda por los paracaidistas del Ejército Rojo soviético, con un *parabellum* al hombro y la gorra puntiaguda con la estrella roja. Los domingos la ciudad estaba repleta de soldados rusos en sus días de licencia libre. En *Unter der Linden*, no muy lejos de la Universidad Von Humboldt, en *Neue Wache*, el cambio de guardia se realizaba diariamente con la rigidez del formalismo prusiano, incluido el paso de la oca. El uniforme y los cascos de los militares de la RDA recordaban mucho a los de la *Werhrmacht*, proyectando una sombra

inquietante. La impresión general era la de un mundo ordenado, al menos en la superficie, aislado y bajo observancia oculta constante, sostenida por mamparos herméticos, lentos pero como una olla de presión al fuego. El sentimiento de control y subordinación era permanente, y aquí y allá, algunos comentarios desprevenidos de algún extranjero, o un gesto grosero o autoritario de algún empleado, me lo hicieron sentir crudamente. Decir *Ost-Berlin* estaba oficial y absolutamente prohibido. A mi regreso, en el control fronterizo, que tuvo lugar en la estación de Leipzig, un guardia me preguntó de dónde venía, y respondiendo “Berlín oriental”, me gritaron que tal lugar no existía en absoluto. Sólo existía *Berlin Hauptstadt der DDR*, la Berlín capital de la República Democrática alemana.

En las calles de la gran capital la gente común desfilaba en los tranvías y en el metro, vestida decentemente, usando los codiciados *jeans* en ocasiones tiernamente ostentados. Y los *Volvo* negros de los hombres del aparato se cruzaban por ahí. La jerarquía desplegada en esta forma de transportarse resultaba estridente y excesiva. Me vino a la mente Orwell y su *Rebelión de la granja*, donde se proclama la igualdad y, sin embargo, unos son “más iguales” que otros. Entre las personas que conocí había quienes sufrieron porque, según me dijeron, oían el estruendo de metro de Berlín Occidental pasando por debajo de su casa. Estaban obsesionados con aquello, porque su condena era no poder tomar nunca ese trayecto. De hecho, algunas de las viejas estaciones eran amuralladas, ladrillo por ladrillo, fueron más allá del largo y amenazador muro gris que dividía inexorablemente la ciudad, custodiado por las torretas de los *Vopos*, la policía fronteriza. Había otras personas, muchas, que sufrían la mutua falta de confianza con sus amigos. El miedo a ser espiado por la poderosa *STASI* significaba que nadie confiaba en nadie. Un conocido me decía que su mejor amigo había desaparecido repentinamente, sólo para saber que había huido a Occidente a través de Hungría (un estratagema que explotó ese verano gracias a la liberalidad y la porosidad de la frontera húngara). Bueno, este conocido mío estaba molesto por el hecho de que su amigo no le había dicho nada a él que le quería mucho sobre su plan de fuga. Y luego traté de justificarlo diciéndole que, tal vez, eso fue una manera de protegerle, de no involucrarle.

En el poco tiempo que pasé en Berlín, se comenzaron a caer las cosas. Si a principios de agosto sentí sólo algunos indicios de descontento, la protesta comenzó a arreciar en septiembre. Recuerdo dos episodios. Al ir a la estación de tren para reservar el viaje de regreso, hice una gran cola. Todos eran jóvenes, y todavía más jóvenes los del mostrador, comprando boletos para Hungría. Cuando el empleado preguntaba “ida y vuelta”, “Hin un zurück”, la respuesta siempre era, “one way”, “nür hinfahrt”. Fue un escape masivo. Unos días antes de partir, fui a la ópera a ver *El rapto en el serrallo*, de Mozart. La Ópera era un edificio nuevo, todo espejo y oros, “protzig”, pretencioso, frente al museo Pergamon. La audiencia en el pasillo era

muy grande. Y en el momento en que uno de los cantantes pronunció una tímida frase en propuesta contra el sultán, en la historia que se cuenta en la pieza de ópera, un estruendoso aplauso inundó toda la sala. Fue una protesta contra la autoridad, contra las bondades del partido. Algo parecido a lo que pasó en los teatros de Milán o Parma en nuestro *Risorgimento*. Era la primera vez que había sucedido. El aire había cambiado. La gente estaba en movimiento. Esto fue antes de que esa misma gente comenzara a manifestaciones masivas, agitando el lema “Wir sind das Volk”, “nosotros somos el pueblo” para, finalmente, gracias a la debilidad de de Gorbachov, derrumbar el régimen.

Un tercer episodio aún más revelador del clima de opresión. A mi regreso, en el puesto de control de Leipzig, los guardias subieron a los vagones, marchando de un compartimento a otro. Comprobaron los documentos y contaron cuánto equipaje llevaba cada viajero. Y si los alemanes orientales tenían mucho equipaje, lo que los hacía sospechosos de un intento de expatriación, eran obligados a descender sin mucha cortesía, arrojando sus maletas desde las ventanas a los andenes. Algo similar sucedió en mi compartimento con una chica sentada frente a mí, que fue tomada por la fuerza y obligada entre lágrimas a no continuar su viaje a Checoslovaquia. No se concedía un derecho a salir del Estado.

2.-

En la tarde del 9 de noviembre de 1989 no estaba en Berlín, sino viajando de Salzburgo a Bolonia. Tuve que cambiarme en una estación remota de los Alpes austriacos cuyo nombre no recuerdo ahora. Entré en el bar y allí en la televisión se daban noticias de la apertura del Muro de Berlín. Podías ver a las masas trepando el Muro sin que la policía interviniera. Nadie podía realmente creerlo. Las noticias eran sensacionales. Significaban el fin de una era. Todo el mundo estábamos allí mirando la pantalla, conscientes de que era una hora histórica, y que pronto el “socialismo real” se derrumbaría. Y así fue. Todos creíamos en el comienzo de una nueva era. Con el fin de la Guerra Fría, se abría una nueva etapa de paz y prosperidad. Eso esperábamos. El nacionalismo parecía ceder paso al cosmopolitismo. Bruce Ackermann escribió un libro celebrando la “revolución liberal”. Francis Fukuyama habló con fuerza del “fin de la historia”. Yo no fue la sociedad sin clases la que cerró la historia, entendida como una larga sucesión de conflictos y vicisitudes, sino el triunfo definitivo del capitalismo del “siglo americano”.

Pero después de 1989 vino el año de 1990. Y con él, la invasión a Kuwait por parte de Iraq, e inmediatamente después, la invasión a Iraq por parte de las tropas estadounidenses y sus aliados. Esto sancionó el fin del mundo bipolar gobernado por los Estados Unidos y la Unión Soviética. Comenzó otra fase en las relaciones internacionales: la era unipolar del poder estadounidense, ahora sin

el rival ruso, “the indispensable nation” en palabras de Madeleine Albright, secretaria de estado durante la presidencia de Clinton. La Guerra del Golfo fue el sello. Luego se abrió la larga temporada de la Guerra de los Balcanes y la disolución de Yugoslavia, que nos hizo revivir los horrores del Holocausto. Sin embargo, el optimismo persistía. Y en tal clima se produce el Tratado de Maastrich de 1992 que da vida a la Unión Europea, a la “ciudadanía europea”, y abre el camino a la unión monetaria, es decir, a la introducción de la moneda única, el euro. El Derecho de la Unión ahora más que nunca aspira a presentarse como “Derecho después de Auschwitz”, *soft law*, “suave” o “mite”.

En esos mismos años el sistema político italiano cambió profundamente. La “primera república” que surgió de la Segunda Guerra Mundial se disolvió a golpes de martillo por los jueces de Milán. Es la aventura de “Manos limpias”. El sistema de partidos se derrumbó, primero el partido socialista y luego, después, el partido comunista y la democracia cristiana, acompañados de pequeños partidos (liberales, republicanos, socialdemócratas) que eran sus satélites. Falta la “Constitución material” que había apoyado la Constitución republicana formal de 1948. Y otros protagonistas aparecen en el escenario político, la “Liga Norte” y la compañía del partido de Silvio Berlusconi, ambos ajenos, sino hostiles, a los valores republicanos y, en todo caso, a la historia que ellos habían producido. Al mismo tiempo la economía, hasta ahora “mixta”, con una fuerte presencia e intervención estatal, se privatiza rápidamente y a precio barato. Italia entra en una nueva era de turbulencia e inestabilidad, de la que desafortunadamente aún no ha salido. Esta transformación radical es también en parte el resultado de aquel de 9 de noviembre de 1989, que liberó al *Bel Paese* de la protección ejercida sobre él a causa de la Guerra Fría y del carácter fronterizo de su posición geopolítica. Italia, una vez que el Muro de Berlín se había derrumbado, se volvió mucho menos importante estratégicamente hablando, mientras que Alemania recuperó su unidad y se perfiló, una vez más, como la nación hegemónica del continente europeo. La política interna de Italia se libera de su anterior y estrecha dependencia de la política exterior. Procesos parecidos se viven en otros países de Europa occidental.

Por tanto, la Europa en la que hoy vivimos es en gran medida el producto de ese histórico 9 de noviembre de hace treinta años. Después de todo, el 9 de noviembre es también una fecha fatídica. El 9 de noviembre de 1918 la República fue declarada en Alemania, y el Káiser abdicó. El 9 de noviembre de 1923, y no es sorprendente, es la fecha del golpe fallido de Hitler en Munich. Y el 9 de noviembre de 1937 es la fecha de la “Noche de Cristal”, “Kristallnacht”, en la que los nazis se desatan abierta y furiosamente contra la población judía y queman sus sinagogas. Y el 9 de noviembre de 1799, *18 Brumaire* en el calendario revolucionario, había sido el día en que Napoleón

había tomado el poder en Francia con un golpe de estado, disolviendo el Parlamento.

La reorganización y los reacomodos que han tenido lugar desde 1989 explican lo que nos es dado vivir hoy en día. El fin del "socialismo real" relanza el capitalismo desenfrenado a la manera del estilo "manchesteriano" típico del siglo XIX, el mundo de la gente desesperada de Charles Dickens. Casi parece que las agujas de la historia van hacia atrás. Al referirse a esta cuestión Umberto Eco habla de un movimiento del "cangrejo", que va, de hecho, "hacia atrás". La "gran transformación" del siglo XX, inteligentemente estudiada y discutida por Karl Polanyi en su espléndido ensayo *The Great Transformation* de 1939, parecía ahora ser la de un sistema de mercado ahora domesticado, "embedded capitalism", un capitalismo controlado mediante la intervención activa de las autoridades públicas. El *New Deal* de Roosevelt había puesto fin a los excesos del capitalismo financiero y especulativo responsable de la terrible crisis de 1929. En 1944, los estadounidenses reorganizaron el sistema financiero mundial mediante los acuerdos de Bretton Woods, con el fin de evitar los exagerados desequilibrios de los tipos de cambio que había exacerbado la crisis de 1929. Y después de la Segunda Guerra Mundial en Europa Occidental, el programa que dominaba era socialdemócrata, el Estado social de Derecho prevalecía en todas partes, incluso si se materializaba de distintas maneras, según las diferentes contingencias nacionales. En varios países, en Italia por ejemplo, pero también en el Reino Unido, se cree que el sistema es ahora el de una "economía mixta", compartida entre la empresa privada y la pública. Francia, después de la guerra, tiene un importante sistema de planificación económica pública.

Todo lo anterior libera muchísima energía en la sociedad, mezclando las clases sociales. El *Wall Street Journal* en un número de 1970 debe comunicar a los lectores que los trabajadores ya no tienen miedo. El Reino Unido en la primera mitad de los años setenta fue atravesado por una ola masiva de huelgas de trabajadores, comenzando por la muy famosa de los mineros que obligó a los británicos a permanecer sin luz un par de noches a la semana. El invierno inglés de 1978-1979 se recuerda como "the winter of discontent". Y entonces el espectro de la "ingobernabilidad" comienza a agitarse. Las masas, se dice, repitiendo un viejo tópico, son insaciables e intrínsecamente turbulentas. Esto reduce la productividad y las ganancias, así como alimenta la incertidumbre de la "empresa" y los "mercados". Entonces debemos poder volver a una situación de orden y disciplina en las relaciones sociales. La jerarquía y el "miedo" del futuro deben ser restaurados. Un trabajo permanente no hace que el trabajador sea productivo. Al eliminar su miedo se vuelve inmanejable. Esto da un nuevo clima de conflicto social y cultural, en el que el neoliberalismo se opone al bienestarismo, y lo que parecía marginal y anticuado, la idea del mercado como un regulador automático de la producción y el

consumo, ahora vuelve firmemente a establecerse como un criterio directivo, de política económica. El año de 1979 termina en Inglaterra con la victoria electoral de la Señora Thatcher y, con ella, el inicio de una agresiva venganza del gobierno capitalista a la vida y convivencia de los trabajadores. Por una coincidencia sugestiva, es el mismo año de las conferencias en el *Collège de France* ofrecidas por Michael Foucault sobre *biopolítica* en las cuales se discute de la gobernabilidad neoliberal como gestión de la existencia vital del individuo, inversión y al mismo tiempo consolidación de la intuición marxista de las necesidades como estructura fundadora del orden político.

3.-

A los años setenta del siglo pasado, años turbulentos de grandes huelgas y conquistas sociales, le siguieron los ochentas. El número de horas en huelga se reducen drásticamente, los salarios se congelan, la "scala mobile", es decir el aumento automático de los salarios según la inflación, es abolida en Italia, y en todas partes se comienzan a liberalizar los movimientos de capitales así como a privatizar empresas públicas propiedad del Estado. En 1971, los Estados Unidos denuncian los acuerdos de Bretton Woods, que les impedían imprimir dinero libremente, provocando la inestabilidad del tipo de cambio. Con el Acta Única Europea de 1986, se inauguró la transición del "mercado común", "common market", básicamente una unión aduanera, al "mercado único", "single market", que es algo completamente distinto. Se trata de una "Constitución económica", a la manera ordoliberal, es decir, el establecimiento de un modelo económico de libre mercado altamente competitivo, entre actores económicos públicos y privados que se garantiza constitucionalmente por vía judicial, a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, y por vía administrativa/legislativa por medio del trabajo de seguimiento, aprobación y homogeneización realizado por la Comisión Europea. Y en este punto llega la onda expansiva de 1989. Los países del "socialismo real" abandonan el sistema socialista. En las sociedades donde no hay propiedad privada, la misma se reintroduce de la noche a la mañana, con medidas que provienen desde arriba y de un sistema de legislación neoliberal. Son los *Chicago Boys* los que trabajaban en las capitales de Europa del Este. Son ellos, los seguidores de Milton Friedman y del libre mercado, con los libros de Ayn Rand bajo su brazo, los que reconstruyen la economía de esos países. Es una obra que puede llamarse revolucionaria, o contra-revolucionaria, si se prefiere, de enorme alcance, y de la que aun esperamos un estudio general e inteligente. Ahora bien, la Europa de Maastricht se produce y desarrolla en ese tiempo, y el clima cultural y dominante en los países de Europa del Este, el neoliberalismo radical, se está transmitiendo también a las instituciones europeas, debido a la

ampliación de la Unión en 2004, cuando de un solo golpe se unieron diez nuevos Estados miembros, incluidos algunos que habían sido partes de la propia Unión Soviética. La globalización, la ampliación de la Unión, la privatización, son casi sinónimos y definen procesos que se superponen y se apoyan mutuamente.

Esto se da en un contexto político también “liberalizado” o “desregulado”, en el sentido de un desmantelamiento regresivo de las estructuras de contención de los conflictos internacionales y de la fuerza “bruta”. El orden que se ha construido laboriosamente entre los Estados desde la creación de las Naciones Unidas en 1945 parece estar sufriendo un trabajo de *erosión selectiva*, que empuja hacia la afirmación de poderes fácticos globales que escapan a las instituciones y normas del Derecho Internacional. La Unión Europea parecería contradecir esta evolución, sino fuera por el hecho de que después de la crisis financiera de 2010 y el rescate de Grecia ha pasado mucha agua por debajo de los puentes de esta extraña confederación de Estados, y que una legislación de emergencia ha solidificado radicalmente, por un lado, la transferencia de soberanía a instituciones epistemológicas y tecnocráticas supra-nacionales, como el Banco Central Europeo. Pero gran parte de esa “solidificación” se ha logrado refiriéndose a los mercados, por ejemplo, involucrando en el edificio europeo a una institución ajena por él, el Fondo Monetario Internacional. El “sólido” aquí hace referencia al “líquido”. Y con esto se justifica. Sin embargo, el “soft law” resulta ser todo menos “suave”, se ha convertido en el ordenamiento jurídico del acreedor, al que el deudor está sujeto estrictos protocolos de “condicionalidad”.

La impresión sigue siendo de desorden. La onda expansiva del 9 de noviembre de 1989 aún no ha concluido. Y nos esperan nuevas turbulencias y “liberalizaciones”. El Brexit también puede interpretarse en esta clave, como una empresa más de demolición, “liquidación”, “liberalización”.

[Traducción de Francisco M. MORA-SIFUENTES]