

# *Justicia correctiva vs. justicia social en casos de conflicto armado\**



**Pablo Kalmanovitz\*\***

Universidad de Columbia, Nueva York, Estados Unidos

Fecha de recepción: 21 de julio de 2010

Fecha de aprobación: 12 de agosto de 2010

## **RESUMEN**

¿Cómo justificar la práctica de la justicia correctiva asociada con el fin de conflictos armados? El presente artículo pretende mostrar la fuerza y pertinencia de esta pregunta, así como argumentar que la justicia social debe tener prioridad respecto a la justicia correctiva en casos de guerras masivamente destructivas. Tomando como base una concepción liberal Rawlsiana de la relación entre justicia correctiva y justicia social, se argumentará que, paradójicamente, mientras más destructiva sea una guerra, menos fuerza tendrán los derechos a la reparación y más énfasis deberá darse a políticas de reconstrucción orientadas a garantizar derechos básicos en toda la población.

**Palabras clave:** reparación, justicia social, conflicto armado, post-conflicto, justicia transicional.

Para citar este artículo: Kalmanovitz, Pablo, "Justicia correctiva vs. justicia social en casos de conflicto armado", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2010, 12,(2), pp. 59-85.



\* El presente artículo es una traducción de "Corrective Justice vs. Social Justice in the aftermath of War", en Morten Bergsmo, César Rodríguez Garavito, Pablo Kalmanovitz y Maria Paula Saffon (eds.), *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Publisher, International Peace Research Institute, Oslo, 2010.

\*\* Ph.D., Departamento de Ciencia Política, Universidad de Columbia, Nueva York. Profesor Visitante, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Carrera 1 No 18a – 10, Edificio RGC, 2do piso, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: pk2115@columbia.edu

# Corrective Justice vs. Social Justice in the Aftermath of War

## ABSTRACT

How do we justify the practice of corrective justice for losses suffered during armed conflicts? This article seeks to show the force and relevance of this question, and to argue that, in cases of massively destructive wars, social justice should gain priority over corrective justice. Starting from a liberal Rawlsian conception of the relationship between corrective and social justice, it is argued that, paradoxically, the more destructive a war is, the less normative force corrective rights have and the higher priority policies of social justice, which guarantee basic rights to all citizens, should have.

**Key words:** reparation, social justice, armed conflict, post-conflict, transitional justice.

## Justiça corretiva vs. Justiça social em casos de conflito armado

## RESUMO

Como justificar a prática da justiça corretiva associada com o fim de conflitos armados? O presente artigo pretende mostrar a força e pertinência desta pergunta, assim como argumentar que a justiça social deve ter prioridade respeito à justiça corretiva em casos de guerras massivamente destrutivas. Tomando como base uma concepção liberal Rawlsiana da relação entre justiça corretiva e justiça social, se argumentará que, paradoxalmente, quanto mais destrutiva seja uma guerra, menos força terão os direitos à reparação e mais ênfase deverá dar-se a políticas de reconstrução orientadas a garantir direitos básicos em toda a povoação.

**Palavras chave:** reparação, a justiça social, conflitos armados, de pós-conflito, a justiça transicional.

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a recibir reparaciones o compensación por daños sufridos durante un conflicto armado se ha venido consolidando como uno de los mecanismos estándar de la justicia transicional. A la par con esta consolidación, el deber de reparar por violaciones sistemáticas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario ha venido reconociéndose como parte del derecho internacional.<sup>1</sup> Un avance importante en esta dirección fue la



<sup>1</sup> Ver, en general: Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999; Ratner, Steven R. & Abrams, Jason S., *Accountability for Human Rights Atrocities in Inter-*

adopción y proclamación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, al final de 2005, de un conjunto de principios y directrices básicas sobre el “derecho a interponer recursos y obtener reparaciones”,<sup>2</sup> dentro de los cuales se han postulado la obligación de los Estados de reparar a víctimas de “acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario” (§15). Dado que, en general, se presume que los Estados son responsables de la protección de los derechos de sus ciudadanos, el alcance de tales omisiones, y por tanto de la obligación estatal de reparar, son en principio muy amplias. Adicionalmente, los principios y directrices básicas promulgados por la Asamblea General contienen una construcción generosa del derecho a la indemnización, que en principio debe cubrir “todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario”, incluyendo “la pérdida de *oportunidades*, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales” (§20, énfasis añadido). Si bien estos principios y directrices no son estrictamente obligatorios para los Estados, su promulgación es indicativa de una expectativa creciente por parte de organizaciones no gubernamentales (ONG), organizaciones de víctimas, y la sociedad civil en general, de que los Estados deben financiar y emprender programas de reparación y compensación durante o al final de un conflicto armado.

El presente artículo busca examinar los fundamentos justificatorios de los derechos y deberes asociados con programas de reparación y compensación, con el propósito de evaluar críticamente estos desarrollos recientes en el discurso y la práctica de la justicia transicional y del derecho internacional. Más precisamente, el artículo pretende examinar la fuerza normativa del derecho a ser reparado por daños sufridos durante conflictos armados, partiendo de una concepción liberal de los derechos y deberes de la justicia correctiva. Esta concepción, que desarrollaré en las secciones 2 y 3, hace parte de una teoría más general de la justicia que busca, en último término, proteger la autonomía individual y sus condiciones materiales de posibilidad. La tesis que quisiera defender en este artículo es que, si adherimos a la concepción liberal de la justicia, entonces al final de guerras masivamente destructivas debemos dar prioridad a los derechos y deberes de la justicia *social* por encima de los de la justicia correctiva. Argumentaré que, paradójicamente,

---

*national Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2001; De Greiff, Pablo, *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006.

<sup>2</sup> A/RES/60/147.

mientras más grande y extendida sea la destrucción causada por una guerra, más débiles serán los derechos de ser reparado y los deberes de reparar. En el caso extremo de una guerra que afecta directamente a la mayoría de la población (como fue el caso de Mozambique, por ejemplo), los derechos y deberes asociados con la justicia social deben tener prioridad, en un sentido por determinar, sobre aquellos de la justicia correctiva.

Antes de desarrollar el argumento principal quisiera presentar brevemente dos cuestionamientos que invitan a moderar la validez o fuerza del derecho a ser reparado al final de una guerra. Aunque ciertamente no demolidores, estos cuestionamientos sugieren que las reparaciones en contextos de justicia transicional no pueden pensarse de manera completamente análoga con el derecho a la reparación en tiempos de paz.

En primer lugar, generalmente la obligación de reparar se orienta hacia el pasado con el objeto de restaurar, hasta donde sea posible, el *status quo ante*. Pero en casos de guerra, si el *status quo ante* condujo a una situación de violencia, ¿por qué habríamos de volver a él? ¿No deberíamos más bien evitar el *status quo ante* e invertir recursos y esfuerzos en la creación de condiciones futuras de paz sostenible y justa? Casos de guerra en los cuales se ha peleado para redistribuir recursos –tierra, petróleo, diamantes, etc.– son una ilustración clara de esto. En Nicaragua, por ejemplo, la revolución Sandinista en los años ochenta expropió a Somoza y sus aliados, cuyos bienes alcanzaban el veinticinco por ciento de la capacidad industrial del país y el veinte por ciento de la tierra cultivable.<sup>3</sup> Puesto que tales expropiaciones fueron ilegales, la observación estricta del derecho a la reparación requeriría la devolución de estos bienes a sus dueños. Pero sería difícil sostener que tal devolución es justa, o siquiera prudente, dado que es claro que la pobreza generalizada fue un factor causal importante en el conflicto nicaragüense. En países con una distribución altamente desigual de la riqueza, los derechos correctivos al final de la guerra parecerían tener poca fuerza normativa, particularmente cuando dicha distribución puede verse como un factor asociado al conflicto armado.

Una segunda duda surge al considerar la definición del punto de partida para la justicia correctiva. Si ésta requiere que restablezcamos el *status quo ante bellum*, ¿qué tan atrás debemos ir?<sup>4</sup> A menudo, países que han tenido una guerra han tenido también una larga historia de violencia y conflicto, y puede resultar imposible identificar, más allá de toda controversia seria, un



<sup>3</sup> Fitzgerald, Valpy, & Grigsby, Arturo, "Nicaragua: The Political Economy of Social Reform and Armed Conflict", in Frances Stewart & E. V. K. Fitzgerald, *War and Underdevelopment*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 124.

<sup>4</sup> Para una discusión exhaustiva de esta pregunta, que resulta en conclusiones similares a las del presente artículo, véase: Cowen, Tyler, "How Far Back Should We Go? Why Restitution Should Be Small", in Elster, Jon, *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, Cambridge University Press, New York, 2006.

punto en la historia en el cual anclar los derechos y deberes correctivos. Para citar algunos ejemplos, en Europa del este después de la caída del comunismo ¿debería repararse por daños sufridos durante la Primera Guerra Mundial, o por las expropiaciones antisemitas en el período de entreguerras, o por los daños sufridos durante la Segunda Guerra Mundial, o por las expropiaciones masivas al final de dicha guerra (1945-1950), o por las nacionalizaciones comunistas posteriores (1950-1970)?<sup>5</sup> En Timor del Este, ¿deben ser reparados propietarios durante el régimen colonial portugués que perdieron sus bienes durante la ocupación de Indonesia, o más bien aquellos que adquirieron bienes durante dicha ocupación y los perdieron en la violencia de 1999, o en los primeros años del joven Estado timorés?<sup>6</sup> Si las reparaciones hubieran sido parte de los acuerdos de paz en la guerra de los Contras en Nicaragua en 1990, ¿deberían haberse establecido según las condiciones del régimen somozista, de manera que pérdidas sufridas durante la revolución sandinista fueran reparadas, o deberían más bien definirse con base en las condiciones del régimen sandinista, reparando por pérdidas sufridas durante la guerra de los Contras (1984-1990)? En éstos y otros casos similares no existe un punto focal obvio o natural relativo al cual anclar demandas de reparación. Más aún, la sugerencia de un punto focal puede causar fricciones políticas y sociales, y en el límite iniciar un nuevo ciclo de violencia: en el centro de cada historia de violencia hay cuestiones de legitimidad que a menudo son controversiales y explosivas, y la mera selección de un punto focal puede favorecer algunas demandas de reparación sobre otras, con base en criterios profundamente controversiales.

El argumento central del presente artículo puede sumarse a estas dudas acerca de los alcances de la justicia correctiva en contextos transicionales. Pero además de esto, el artículo ofrecerá algunas razones positivas para dar prioridad a la justicia social sobre la justicia correctiva al final de guerras masivamente destructivas. El artículo está organizado en cinco secciones, además de esta introducción. La sección 2 define los conceptos de justicia correctiva y social, y la sección 3 bosqueja la concepción liberal de justicia correctiva que servirá como base para la crítica del discurso de justicia transicional. La sección 4 hace explícita esta crítica, ofrece algunas ilustraciones y discute algunas limitaciones del argumento. La sección 5 considera una importante objeción, según la cual dar prioridad a la justicia social sobre la justicia correctiva implica necesariamente minar los juicios responsabilizantes



<sup>5</sup> Sobre la enorme complejidad de la justicia correctiva en Europa del Este, ver: Pogany, Istvan S., *Righting Wrongs in Eastern Europe*, Manchester University Press, Manchester 1997. La pregunta es difícil porque muchas veces hay varias demandas de restitución sobre un único bien.

<sup>6</sup> Ver: Fitzpatrick, Daniel, *Land Claims in East Timor*, Asia Pacific Press, Canberra, 2002.

de los victimarios, y por tanto generaría impunidad. La sección 6 concluye señalando un par de líneas de investigación para el futuro.

## 2. JUSTICIA CORRECTIVA Y JUSTICIA SOCIAL

El principio básico de la *justicia correctiva* (JC) sostiene que un individuo que ha sufrido un daño debido a un acto o una omisión de un tercero tiene el derecho a ser reparado o compensado por las pérdidas sufridas como consecuencia de ese daño.<sup>7</sup> De ser posible, la reparación debe dar a la víctima un “equivalente completo y perfecto” del bien perdido.<sup>8</sup> La construcción típica del derecho a ser reparado asigna la obligación correspondiente al causante del daño, con base en su responsabilidad individual.<sup>9</sup> Pero, como vimos en la sección anterior, en casos de violación sistemática de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, el Estado ha sido hecho responsable de reparar, en razón de su omisión en la protección de sus ciudadanos. En tales casos, si el causante del daño no ha sido identificado o no ha pagado la reparación que le corresponde, el Estado debe actuar como reparador por defecto.<sup>10</sup> Cualquiera que sea la fuente de la reparación, el propósito esencial de la JC es *devolver a la víctima de un daño al lugar en el que estaba antes de sufrir tal daño*, y no simplemente mejorar su situación.<sup>11</sup>

Si éste es el propósito de la JC, la tarea central de una *teoría* de la JC es *justificar* el derecho a ser reparado y la obligación de reparar. En la siguiente sección examinaremos una versión atractiva de esta teoría, pero antes haremos algunas observaciones conceptuales relativas a los derechos y deberes correctivos, y también a la justicia social.

En primer lugar, la JC es *individualista*, en el sentido de que sus derechos y obligaciones son activados en el contexto de transacciones interpersonales, y más específicamente de daños y pérdidas sufridas personalmente. Usando términos algo más técnicos, la JC genera razones para la acción que son *relativas a los agentes*, es decir, razones que aplican únicamente a agentes



<sup>7</sup> Usualmente el término “reparación” se reserva para casos en los cuales es posible recuperar plenamente el bien perdido, por ejemplo cuando se recupera un bien robado o cuando se da una versión prácticamente idéntica de un objeto perdido. Por otra parte, el término “compensación” se usa en referencia a pagos monetarios dados en lugar del bien perdido, por ejemplo cuando el bien no puede de ninguna manera ser reemplazado o cuando el daño es inmaterial. Esta distinción es irrelevante para el argumento de este artículo, y por tanto usaré los términos como sinónimos.

<sup>8</sup> La frase proviene de un famoso caso de la Corte Suprema Norteamericana, *Monongahela Navigation v. US*, 148 U. S. 312 (1893), citado por Robert Goodin, en “Theories of Compensation”, in R. G. Frey & Christopher W. Morris (eds.), *Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, p. 262.

<sup>9</sup> Ver, en general: Coleman, Jules L., *Risks and Wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

<sup>10</sup> Ver Ratner & Abrams, *op. cit.*

<sup>11</sup> Goodin, *op. cit.*, pp. 276-7.

particulares en virtud de eventos específicos: causar un daño genera una obligación de reparar en el agente responsable de ese daño, y sufrir un daño da el derecho a ser reparado.<sup>12</sup> En segundo lugar, la JC se *orienta hacia el pasado*, en el sentido de que busca remediar actos dolosos previos. En consecuencia, cualquier programa de JC debe como tal incluir algún tipo de investigación histórica, quizás no bajo los preceptos exigentes del derecho civil, pero sí al menos en forma de una comisión de la verdad o de una investigación acerca de hechos y responsabilidades por eventos específicos, con la potestad de otorgar reparaciones. En tercer lugar, la JC conlleva, necesariamente, una *transferencia de bienes* a la víctima. Reparaciones puramente simbólicas —por ejemplo disculpas públicas o actos de expiación, así como la institución de días conmemorativos o la creación de museos— no hacen parte de la justicia correctiva en el sentido de este artículo. Por último, la JC es *diferente de la justicia retributiva o penal*. Su objeto primordial no es castigar al causante de un daño forzándolo a pagar reparaciones, sino devolver a quien ha sufrido un daño a la situación anterior a ese daño. Puede argumentarse que para la JC es igualmente importante que el agente responsable del daño sea también la fuente de la reparación, pero, por razones que desarrollaré en la sección 5, el presente análisis se enfocará casi exclusivamente en las víctimas y su derecho a ser reparadas.

La *justicia social* (JS), por otra parte, puede concebirse como un conjunto de principios que permiten identificar algunas distribuciones de bienes y oportunidades en la sociedad como preferibles o superiores a otras. El concepto de JS que usaré en este artículo es rawlsiano en un sentido amplio, aunque estará circunscrito a dos principios de justicia, y por tanto dejará de lado gran parte del aparatage teórico de Rawls y sus comentaristas y críticos. El primer principio sostiene que todo ciudadano debe tener acceso a ciertos bienes básicos, que como tal son necesarios para la subsistencia y la acción individual, y que dada su fundamental importancia deben ser garantizados por el Estado. En la teoría de Rawls, estos bienes básicos son entendidos como “bienes sociales primarios” y se caracterizan por ser deseables para cualquier agente racional porque son por naturaleza medios para alcanzar cualquier tipo de fin. El conjunto de bienes básicos rawlsianos consiste en ciertos derechos y libertades políticas y civiles, junto con las garantías del Estado de derecho, niveles suficientes de ingreso y seguridad en la tenencia de propiedad privada.<sup>13</sup> El uso de estos bienes sociales primarios debe permitir a cada



<sup>12</sup> Coleman, *op. cit.*, pp. 311-5.

<sup>13</sup> Ver: Rawls, John, *A Theory of Justice*, Rev. ed., Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999, xiv-xvi, 53-56 p. 242; *Justice as Fairness: A Restatement*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2001, pp. 168-77.

miembro de la sociedad conseguir sus objetivos y llevar a cabo sus planes de vida. Si bien los contenidos específicos del conjunto de bienes básicos o primarios pueden variar a través del tiempo y según el tipo de sociedad, deben incluir –como mínimo– la preservación de la salud, de la nutrición y de la educación, así como un nivel básico de ingresos materiales.<sup>14</sup> En lo que sigue me referiré a este conjunto de bienes como el *umbral mínimo* de la JS.

El segundo principio de la JS relevante para propósitos de este artículo es el de la igualdad de oportunidades. Según este principio, el Estado debe promover el acceso igualitario a bienes sociales primarios, así como a la riqueza y a posiciones de poder en la sociedad. Según Rawls, ello exige que “en todos los sectores de la sociedad exista aproximadamente el mismo prospecto de cultura y logro para quienes están similarmente motivados y dotados.”<sup>15</sup> Este principio sirve para reforzar la vocación igualitaria de la JS.

Entendida de esta manera, la JS, en contraste con la JC, no es individualista sino más bien *institucional*, en el sentido de que sus razones son generales y no relativas a agentes particulares. Su requerimiento central es sostener y apoyar instituciones sociales justas, cuyo poder sea suficiente para generar incentivos y transferir recursos de manera deseable a todo el conjunto de la sociedad. Este requerimiento se dirige en principio a todos los miembros de la sociedad, si bien cada uno tendrá obligaciones distintas dependiendo de sus recursos y roles sociales, entre otros aspectos. Adicionalmente, la JS no se orienta hacia el pasado sino más bien hacia el *presente* y *futuro*. Su preocupación es el acceso actual y futuro a bienes básicos, no la cantidad de bienes poseídos en el pasado o perdidos a causa de un daño. Por último, busca maximizar el acceso general a bienes básicos, sin discriminar con base en pérdidas o daños previos.<sup>16</sup>

Se sigue de lo anterior que a menudo la JS y la JC apuntarán en direcciones opuestas. Si para la JC los derechos y deberes de reparación aplican por igual a ricos y pobres, para la JS la desigualdad en el acceso a bienes básicos es en principio una razón para redistribuir. Esta tensión entre JS y JC no es irreconciliable, pero sugiere distinguir entre cuatro grupos sociales.



<sup>14</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 244-5; *Justice as Fairness: A Restatement*, p. 172. La aproximación de Amartya Sen y Martha Nussbaum en términos de capacidades básicas constituye una alternativa útil a esta aproximación rawlsiana. Para Sen y Nussbaum, el rol del Estado no es proveer o asegurar ciertos bienes básicos, sino más bien permitir y garantizar el desarrollo de ciertas capacidades básicas para funcionar entre sus ciudadanos. La definición de estas capacidades es en parte algo que cada sociedad debe decidir autónomamente, pero también es en parte dictado por necesidades humanas naturales. Aun cuando yo no tomaré esta aproximación teórica, sugiero consultar las aplicaciones relevantes a casos de justicia transicional en: Crocker, David A., *Ethics of Global Development: Agency, Capability, and Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, New York, Cambridge, 2008.

<sup>15</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, p. 63.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, pp. 88-9.

Estipulemos que un agente tiene *prioridad-JS* cuando su acceso a bienes básicos está por debajo del umbral mínimo,<sup>17</sup> y que tiene *derechos-JC* cuando ha sufrido un daño que valida una demanda de reparación. Tenemos entonces cuatro grupos posibles, que pueden representarse en la siguiente tabla (los títulos de los grupos no pretenden ser descriptivamente exactos, sino más bien abreviaciones):

**Tabla: Grupos poblacionales según tipo de derecho**

	Prioridad-JS	No prioridad-JS
Derechos-JC	Víctimas pobres (i)	Víctimas no pobres (ii)
No derechos-JC	Pobres (iii)	No pobres (iv)

Fuente: el autor.

Dado el impacto destructivo masivo y generalizado de las guerras, en el curso de éstas puede esperarse el crecimiento progresivo de los grupos (i) y (ii). Pero las guerras también minan el crecimiento económico y la prosperidad en general, de modo que aun quienes no han resultado damnificados directamente pueden verse empobrecidos. Como es bien sabido, las guerras ocurren de ordinario en países pobres, así que al final de las mismas debe esperarse también un número significativo de miembros del grupo (iii).

Con la ayuda de esta tabla puedo articular más precisamente mi tesis central. Argumentaré en la sección 4 que, en casos de guerras masivamente destructivas (aún por definir), los grupos (i) y (iii) deben tener prioridad en la adjudicación de recursos estatales; los únicos criterios válidos para dar prioridad a los miembros de (i) sobre los miembros de (iii) deben orientarse hacia el presente y hacia el futuro, no hacia el pasado. Esta afirmación se sigue naturalmente de lo que podría llamarse la concepción rawlsiana o liberal de la relación entre JC y SJ, de la cual paso a ocuparme.

### 3. LA CONCEPCIÓN LIBERAL DE JUSTICIA CORRECTIVA

Dadas las limitaciones de espacio, en esta sección sólo indicaré a grandes rasgos la construcción liberal de la relación entre JS y JC, la cual servirá como base para mi análisis crítico del discurso de justicia transicional en la sección siguiente. Aun cuando espero decir lo suficiente para comunicar la plausibilidad y la fuerza teórica de la construcción, invito a los lectores a



<sup>17</sup> En este punto mi uso del término “umbral mínimo” es deliberadamente ambiguo, para permitir variación entre diferentes casos. Sin embargo, como se dijo anteriormente, salud básica, nutrición, y educación deben incluirse como parte del mínimo. Para la discusión del umbral mínimo en Rawls, véase: Rawls, *ibid.*, pp. 244-5.

consultar las fuentes citadas para tener una idea más completa de la relación entre las dos justicias. La construcción tiene dos componentes: la primera está basada en el valor de la autonomía individual, y la segunda en la definición de una esfera de expectativas legítimas para el ejercicio de la autonomía. Esta doble construcción amarra, y en un sentido subordina, los derechos y obligaciones de la JC con los principios generales de la JS.

Hemos estipulado que la JC busca no simplemente mejorar las condiciones de las víctimas de un daño, sino más bien devolverlas a la situación en la que se encontraban antes del daño ¿Pero cómo se justifica el derecho a ser devuelto a la situación anterior? Una respuesta atractiva dentro de la tradición liberal es que tal derecho busca preservar el valor de la autonomía individual. Los daños respecto a los cuales estipulamos que debe haber reparaciones son inoportunos y perjudiciales, y su reparación busca restaurar, tanto como sea posible, el curso original de la vida de su víctima. Restaurar el curso original de la vida, por otra parte, es una forma de asegurar y sostener los planes y propósitos que fueron perturbados por el daño. En el interés de proteger los planes y los proyectos que surgen en el ejercicio de la autonomía individual, es deseable hacer que el causante del daño, o algún otro agente adecuadamente designado, pague por el restablecimiento completo, rápido y seguro de estos planes y proyectos.

Robert Goodin distingue tres partes en esta justificación:

1. Cuando definen sus planes de vida, las personas cuentan con la permanencia de un estado de cosas estable (o, por lo menos, cuentan con no ser obstruidas de maneras que requieren el pago de compensación).
2. Es moralmente deseable que las personas tengan la habilidad de planear sus vidas.
3. La compensación, cuando es suficientemente rápida, completa, y segura, restaura las condiciones bajo las cuales las personas definieron sus planes de vida, y de esta manera permite llevar a término los planes minimizando las obstrucciones.<sup>18</sup>

Así, la JC busca asegurar las condiciones materiales sobre las cuales tiene lugar el ejercicio de la autonomía individual. Si es deseable que las personas sigan con sus vidas como pretendían antes de sufrir un daño, entonces también es deseable que los daños sufridos sean reparados tanto como sea posible. Adicionalmente, las demoras en el pago de compensación pueden crear interrupciones perjudiciales para los planes en curso y, por tanto, deben evitarse. Por último, seguridad en el pago de reparaciones significa mayor seguridad en la realización de los propios planes, lo cual es intrínsecamente valioso. En suma, según esta visión de la JC, “lo que es sacrosanto no es la



<sup>18</sup> Goodin, Robert, ‘Compensation and Redistribution’, in John William Chapman (ed.), *Compensatory Justice*, Nomos 33, New York University Press, New York, 1991, p. 152.

distribución preexistente de bienes, sino las expectativas preexistentes, y los planes y proyectos que las personas han construido en su entorno”.<sup>19</sup> El derecho a la reparación protege las expectativas legítimas de que nuestros proyectos tendrán frutos cuando estamos razonablemente determinados a que así sea.

Esta concepción de la JC deja abiertos dos interrogantes importantes: ¿qué planes, proyectos o expectativas merecen ser protegidos, y respecto a qué clase de daños? La respuesta requiere una explicación de la esfera válida de autonomía individual, y de los tipos de eventos dolosos que merecen una acción reparativa. Algunos obstáculos o interrupciones a planes pueden ser parte integral de los planes mismos, como es el caso de los deportes competitivos (no cabe esperar resarcimiento por perder dentro de las reglas), y algunas expectativas no deben ser protegidas (un ladrón puede esperar que alguien en algún momento descuide sus bienes en un bus de transporte público, pero esta expectativa es meramente probabilística, no legítima). Puede sugerirse, retomando una idea de Rawls, que la JC busca preservar la integridad de los derechos y procedimientos definidos por el conjunto de instituciones políticas dentro de la sociedad, bajo cuyo marco se lleva a cabo el ejercicio de la autonomía individual. Estos derechos, procedimientos e instituciones incluyen de manera importante la protección a la vida, la salud y la integridad corporal, así como la garantía de derechos de propiedad y de derechos derivados de acuerdos contractuales.

Rawls escribió poco de manera explícita sobre JC, o “justicia compensatoria”, como él la llamó.<sup>20</sup> Sin embargo, su discusión del papel del sistema legal dentro de las instituciones de justicia nos permite inferir algunas ideas importantes acerca de la JC. Para Rawls las instituciones fundamentales de la sociedad son creadas y definidas en y por la ley. Cuando las normas legales son justas y se aplican imparcialmente, se constituyen en bases para la confianza, y también para objetar cuando ésta y las expectativas se ven frustradas.<sup>21</sup> La tarea de la JC puede entenderse como la de identificar aquellas objeciones a la frustración de expectativas que generan una obligación en otros de reparar. Dicho de otro modo, la JC se encarga de indicarnos los términos bajo los cuales se puede exigir a algunas personas que reparen por daños a otras. Las expectativas legítimas, por otra parte, son definidas y establecidas dentro del sistema de derechos, deberes, y procedimientos que hacen parte de las instituciones fundamentales de la sociedad, incluyendo en particular el derecho a bienes básicos, a la seguridad en la tenencia de



<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>20</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, p. 309 (comparar sus observaciones sobre el castigo en: *ibid.*, pp. 210-3).

<sup>21</sup> Rawls, *ibid.*, p. 207.

la propiedad y a la igualdad de oportunidades. El objeto de un esquema de compensación es, en síntesis, sostener y asegurar efectivamente el uso y el disfrute de los bienes y de las oportunidades definidos por las instituciones básicas de la sociedad. Si este uso y disfrute se ve impedido injustificadamente, se debe recibir compensación.

Si entendemos la JC de esta manera, la relación entre JC y JS se revela con relativa facilidad: la JC es una componente esencial del aparataje procedimental de la JS.<sup>22</sup> La obligación de compensar es activada por “movidas” ilegítimas dentro del juego de la interacción social (es decir, daños), y estas movidas son definidas, a grandes rasgos, por los principios generales de la justicia, y más precisamente por las instituciones, los procedimientos y los órganos a cargo de la promulgación de leyes y la administración de justicia. La compensación contribuye al propósito de eliminar, tanto como se pueda, las pérdidas sufridas como consecuencia de movidas ilegítimas dentro de la práctica de la cooperación social, y también motiva a las personas a hacerse responsables por sus actos y a obedecer reglas y procedimientos instituidos. Si la justicia busca, en general, proveer derechos básicos y recursos a los miembros de la sociedad, la JC busca proteger los límites del ejercicio de estos derechos y el uso de recursos; si los principios generales de la justicia se refieren a las instituciones básicas de la sociedad y definen, entre otros aspectos, las libertades y los bienes que deben protegerse y asegurarse, la JC regula directamente la interacción entre individuos y busca proteger el uso y disfrute de derechos y bienes mediante acciones compensatorias.<sup>23</sup>

#### 4. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA GUERRA

La concepción liberal de la relación entre JC y JS opera bajo una serie de premisas empíricas. La JC puede proteger el valor de la autonomía individual solamente si la mayoría de circunstancias externas, aparte del daño, siguen un curso ordenado, predecible y legal. En efecto, el ejercicio de la autonomía individual, que constituye el fundamento normativo de la JC, supone un ni-



<sup>22</sup> Para una discusión exhaustiva de la relación, que es en todo su detalle bastante compleja, ver: Perry, Stephen R., “On the Relationship between Corrective and Distributive Justice”, in Jeremy Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

<sup>23</sup> En este contexto, un concepto rawlsiano clave es el de la “división institucional del trabajo entre la estructura básica de la sociedad y las reglas que aplican directamente a individuos y asociaciones, y que deben ser obedecidas por ellas en transacciones particulares”. Rawls dice que “una vez la división del trabajo es establecida, los individuos y las asociaciones son libres para perseguir sus fines más efectivamente dentro del marco de la estructura básica, a sabiendas de que en otras áreas del sistema social las correcciones necesarias para preservar el trasfondo de justicia se llevan a cabo” (Rawls, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, pp. 268-9). Esta es la razón por la cual la JC puede operar independientemente de la JS y aplica igualmente a ricos y pobres: la tarea igualitaria de redistribuir recursos corresponde a la JS, no a la JC.

vel alto de estabilidad y continuidad. Hay estabilidad y continuidad cuando las instituciones legales y políticas de la sociedad gobiernan efectivamente la interacción individual, así como el sistema de cooperación social y de producción económica. La estabilidad y la continuidad provienen, entre otros aspectos, de un sistema legal funcional, administrado según los principios del Estado de derecho, y de instituciones de gobierno que funcionan efectiva y predeciblemente.

En la guerra, sin embargo, las condiciones subyacentes necesarias para el ejercicio de la autonomía individual a menudo están ausentes. La forma como las guerras impactan la vida social y las instituciones legales, económicas y políticas, por supuesto, varía, pero a menudo el impacto es lo suficientemente alto como para generar dudas acerca de la validez o fuerza normativa de los derechos y obligaciones de la JC. La siguiente es una caracterización típica-ideal (en el sentido de Weber) de una *guerra masivamente destructiva*. Las guerras pueden acercarse en mayor o menor grado a esta caracterización, y la medida en que lo hacen puede hasta cierto punto cuantificarse. En guerras masivamente destructivas:

Los daños son la regla, no la excepción. La mayoría de la población del país sufre daños directamente asociados a la guerra. Las modalidades del daño incluyen: pérdida de vida o integridad corporal, pérdida de capital social (redes sociales que se fracturan o se destruyen), y pérdidas materiales en bienes muebles e inmuebles, etc.

Hay incertidumbre generalizada. No hay fuentes de información confiable disponible para planificar o generar expectativas sólidas en el curso de la confrontación. Esta incertidumbre puede afectar tanto el micromundo de las actividades privadas como el macromundo de las decisiones institucionales. En palabras del economista Tilman Brück:

la incertidumbre en la guerra funciona a los niveles micro y macro de la economía. El capital, por ejemplo, puede ser destruido o dislocado al nivel micro, mediante el robo o la violencia (incertidumbre de micro-guerra) y, al nivel macro, mediante el abuso del poder estatal de manera partisana (incertidumbre de macro-guerra). Adicionalmente, la incertidumbre de macro-guerra incluye el uso de la maquinaria fiscal del gobierno y la regulación económica para propósitos ligados a la guerra, los cual inevitablemente reduce la eficiencia de las transacciones.<sup>24</sup>

Las instituciones y funciones estatales básicas colapsan. En particular, y de manera crucial para el presente argumento, el Estado no puede garantizar los derechos de propiedad, bien porque no tiene la capacidad de adjudicar tales derechos (como en Rwanda, donde el 95% de los abogados y jueces



<sup>24</sup> Brück, Tilman, "Mozambique: The Economic Effects of the War", in Frances Stewart & E. V. K. Fitzgerald, *op. cit.*, p. 61.

fueron asesinados, encarcelados o exiliados),<sup>25</sup> o bien porque los registros de propiedad son destruidos (como en Timor del Este, donde el registro catastral fue deliberadamente atacado por la milicia pro-Indonesia en 1999).<sup>26</sup>

Los sectores productivos de la sociedad colapsan. La infraestructura económica es destruida; hay escasez de mano de obra; el capital social se pierde por desplazamiento masivo.<sup>27</sup> Hay un colapso generalizado de los mercados y una capacidad limitada en las firmas para operar eficientemente y con niveles mínimos de estabilidad.

De esta manera, las guerras masivamente destructivas causan pérdidas tan vastas y generalizadas a la sociedad que resulta imposible restablecer las condiciones del *status quo ante bellum*, y en particular los planes y proyectos individuales previos a la guerra. El siguiente ejemplo sirve para resaltar las diferencias entre la JC en tiempos de paz y durante y al final de la guerra.

Supóngase que una casa se incendia en tiempos de paz. Si se asume que los bomberos funcionan efectivamente, probablemente el fuego no se extenderá a las casas vecinas y, por tanto, al reconstruir la casa será posible acercarse al modo de vida de sus ocupantes antes del incendio. Tras reconstruir la casa, sus habitantes podrán, por ejemplo, caminar todas las mañanas al trabajo, que queda convenientemente cerca; visitar amigos que viven en el mismo barrio y con quienes comparten el gusto por esa zona de la ciudad; visitar tiendas, museos y parques cercanos; o conversar con viejos conocidos acerca del incendio, etc. Ahora supóngase que el fuego tuvo lugar durante un bombardeo en una guerra. Probablemente junto con esta casa, muchas otras en la misma calle se hayan incendiado. Así mismo, durante la guerra probablemente muchos negocios en el área cerraron sus puertas debido a la escasez de clientes y bienes, y los habitantes de la casa tal vez hayan perdido sus empleos. Aun si esta casa en particular fuera reconstruida, esto contribuiría muy poco a restaurar los planes y los proyectos anteriores al incendio: la red social del dueño se ha disuelto y su trabajo ha dejado de existir. La destrucción causada por la guerra ha sido tan vasta y generalizada que las reparaciones individuales no alcanzan a recrear los planes y los proyectos previos y, más importante aún, el costo de reparar todo lo necesario para restablecer los planes y proyectos previos es inalcanzable. La guerra ha causado pérdidas netas para la sociedad.



<sup>25</sup> Al final del genocidio en Rwanda, el Ministerio de Justicia contaba únicamente con siete jueces, que debían resolver la situación de 115.000 rwandeses retenidos en cárceles (ver: Shelton, *op. cit.*, p. 320).

<sup>26</sup> Daniel Fitzpatrick, "Land Policy in Post-Conflict Circumstances: Some Lessons from East Timor", *New Issues in Refugee Research*, Working Paper, No. 58, 2002, p. 8.

<sup>27</sup> Como ha ocurrido en Colombia, (ver: Ibáñez Londoño, Ana María, *El desplazamiento forzoso en Colombia: un camino sin retorno a la pobreza*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008).

La moraleja de esta historia es que *los derechos y los deberes correctivos tienen sentido únicamente si los daños son la excepción y no la regla*. Mientras más vasta y profunda sea la destrucción causada por la guerra, y mientras ésta más larga sea, más difícil será recuperar los planes y los proyectos del pasado, y por esta razón los derechos y los deberes de la JC serán más débiles. Si la mayoría de eventos sigue su curso habitual, de manera estable y predecible, entonces hay esperanza de restablecer planes y proyectos previos vía medidas compensatorias. Pero cuando un gran número de cosas han sido alteradas, más o menos simultáneamente, por un choque exógeno como lo es la guerra, la JC pierde su fuerza normativa, y otros intereses y necesidades se vuelven prioritarios y toman su lugar. Se sigue que tras la guerra, y aún más claramente durante ésta, quienes tienen necesidades básicas insatisfechas pueden y deben ser los primeros en recibir atención del Estado o de órganos humanitarios. En tales casos, los derechos y los deberes de la JS deben tener prioridad sobre las demandas de reparación. Esto vale igualmente para quienes terminaron por debajo del umbral mínimo de JS directamente a causa de la guerra como para quienes están allí por otras causas. La razón es que excluir a los segundos con base en la historia particular de su pobreza es arbitrario (haré unas salvedades a esta tesis más adelante). De este argumento se sigue la siguiente regla para la asignación de recursos al final de una guerra masivamente destructiva: *para quienes se encuentran por debajo del umbral mínimo de JS, la prioridad-SJ domina a aquellos derechos-JC que compitan por recursos; se darán reparaciones a quienes se encuentran por encima del umbral mínimo de JS solamente cuando nadie se encuentre por debajo de este umbral*.

Si bien el objeto de la JC es sostener el valor de la autonomía individual, parece claro que al término de guerras masivamente destructivas la protección de este valor se consigue primariamente no mediante la JC, sino a través de la JS. Cuando las autoridades transicionales restablecen instituciones sociales fundamentales de manera efectiva, éstas redefinen y vuelve a estabilizar la esfera del ejercicio de la autonomía, y una vez este proceso se consolida suficientemente, pero solamente entonces, los procedimientos de la JC deben reactivarse. Con el fin de restablecer las expectativas legítimas, resulta más importante, por ejemplo, definir títulos de propiedad de manera rápida y equitativa que hacerlo en forma idéntica o proporcional a la posesión anterior a la guerra. En lugar de establecer condiciones para retomar los modos de vida previos, los recursos deben invertirse en asegurar condiciones justas para una nueva vida. Esta tarea conlleva la gran responsabilidad de reasignar equitativamente las cargas de las pérdidas sufridas durante la guerra, las cuales tienden a afectar desigualmente a la población.<sup>28</sup> El objetivo último



<sup>28</sup> Puede profundizarse este aspecto en: Kalmanovitz, Pablo, "Sharing Burdens after War: A Lockean Approach", *Journal of Political Philosophy* (en prensa).

es asegurar bienes sociales básicos e igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, y con ello la capacidad de reconstruir o recrear proyectos de vida después de la guerra.

En la próxima sección discutiré una objeción importante a este argumento, pero antes es preciso aclarar su naturaleza y su alcance. Lo primero que debe observarse es que su relevancia práctica puede ser limitada debido a que en la guerra, a menudo, quienes sufren más daño son también quienes tienen más alta prioridad-SJ, y viceversa. Usando los términos de la tabla de grupos poblacionales,<sup>29</sup> mientras más traslapo haya entre los grupos de “pobres” (iii) y “víctimas pobres” (i), y mientras más reducido sea el grupo de “víctimas no pobres” (ii), menos relevancia práctica tendrá el presente argumento.<sup>30</sup> Sin embargo, es dable imaginar que en una guerra hay grupos con prioridad-SJ que no sufren daños directamente a causa de la guerra y, por tanto, no tienen derechos-JC. Para ellos, el argumento tiene implicaciones prácticas reales y concretas (también es concebible que habrá “víctimas no pobres” al final de la guerra).

Lo segundo que debe observarse es que hay una fuerte razón para privilegiar a los miembros del grupo “víctimas pobres” (i) sobre aquellos del grupo de “pobres” (iii), y ésta es la rehabilitación. A menudo quienes han sido afectados por la guerra tienen necesidades especiales de asistencia para llegar al mismo nivel de actividad y a la misma capacidad de uso y disfrute de bienes que tienen quienes no han sido afectados. En el interés de ayudarles a ser tan funcionales como quienes no han sido similarmente afectados por la guerra, inversiones particulares en programas de rehabilitación serán necesarias.<sup>31</sup> Cabe notar que la rehabilitación es vista con frecuencia como una componente estándar de las medidas correctivas, que incluyen además la compensación y las reparaciones, pero en realidad es esencialmente distinta: su propósito es maximizar la capacidad de usar y disfrutar bienes *en*



<sup>29</sup> Ver: *supra* sección 2.

<sup>30</sup> Tal es el caso de Timor del Este, a juzgar por el siguiente aparte del reporte final de la Comisión Timorera de Recepción, Verdad y Reconciliación (CAVR): “Toda la gente de Timor del Este ha sido alcanzada o victimizada por el conflicto de alguna manera. Sin embargo, en el curso de su interacción con muchas comunidades, la Comisión devino agudamente consciente de aquellos entre nosotros que aún sufren a diario las consecuencias del conflicto, y cuyos hijos heredarán las desventajas que sus padres deben confrontar como consecuencia de su victimización. Estas incluyen a quienes viven en extrema pobreza, son discapacitados, o a quienes, debido a malentendidos, son marginados o discriminados por sus comunidades [...] Debemos reconocer esta realidad y darle la mano a quienes son más vulnerables” (§12.1).

<sup>31</sup> Daños discapacitantes no tienen que ser necesariamente físicos. En el caso colombiano, los desplazados son obligados a trasladarse de zonas rurales a zonas urbanas. Sus capacidades, sin embargo, no son trasladables, y por tanto se encuentran en desventaja en el mercado laboral urbano. En este sentido, el conflicto armado les causa un daño económico (ver: Ibáñez Londoño, *op. cit.*). En este caso, los desplazados necesitan, o bien inversiones que los ayuden a reubicarse en zonas rurales, donde puedan ejercitar sus capacidades profesionales, o entrenamiento en nuevas capacidades. Dado que la capacidad de aprender nuevas capacidades tiende a disminuir con la edad, la primera opción parece preferible.

*el presente y en el futuro*, y por tanto su justificación pertenece más al mundo de la JS que al de la JC. Para la presente discusión, el punto central es que alcanzar una cierta capacidad de uso y disfrute de bienes puede requerir una inversión pública mayor para aquellos que han sufrido un daño durante la guerra que para quienes no lo han sufrido. En este sentido, las “víctimas pobres” pueden tener prioridad sobre los “pobres”.

Una tercera anotación importante es que el presente argumento para dar prioridad a la JS no se refiere simplemente a viabilidad logística. El argumento de la inviabilidad logística de la JC propone que aun cuando los derechos y deberes correctivos son válidos y tienen legitimidad al final de la guerra, las instituciones gubernamentales, en ese mismo momento, son a menudo demasiado disfuncionales y pobres para satisfacer y garantizar plenamente tales derechos y deberes; si bien, idealmente, los derechos y deberes correctivos deberían satisfacerse, no es realista creer que esto pueda lograrse a cabalidad.<sup>32</sup> En contraste, el presente argumento defiende la tesis de que la fuerza normativa de los derechos y de los deberes de la JC es limitada al final de la guerra, de manera proporcional a la destructividad de la misma. Más concretamente, del presente argumento se sigue una reserva importante relativa a una sugerencia que acompaña al argumento de inviabilidad logística: a saber, dado que los costos de la JC al final de la guerra son prohibitivamente altos, en su lugar deben emprenderse programas limitados de JC que, por ejemplo, pasan por alto las exigencias de prueba del derecho civil y no intentan reflejar fiel o proporcionalmente las pérdidas individuales, sino que otorgan compensaciones fijas por vías administrativas. En línea con mi argumento central, sugiero que tales programas de reparaciones administrativas deben también sujetarse al test de la JS, de manera que si algunos posibles beneficiarios del programa no tienen prioridad-SJ, y existen no-beneficiarios que tienen prioridad-JS, entonces la compensación de los primeros debe congelarse hasta tanto los segundos no estén por encima del umbral mínimo de la JS. En otras palabras, la JS tiene prioridad aun en el caso de programas administrativos de reparación.

Un último punto importante tiene que ver con la asignación del calificativo “masivamente destructiva” a una guerra particular. Es posible que existan desacuerdos razonables acerca de la aplicabilidad del término en casos particulares. Un continuo de casos puede definirse con una sociedad bien ordenada y relativamente pacífica en un extremo, y guerras masivamente destructivas en el otro. Los países de Europa Central y del Este (ECE)



<sup>32</sup> Para una articulación robusta de este argumento, ver: De Greiff, Pablo, “Justice and Reparations”, in Pablo De Greiff, *op cit*.

durante la Segunda Guerra Mundial son un caso claro de guerra masivamente destructiva, y su historia ilustra en buena medida el potencial de una guerra de generar condiciones para redistribuciones masivas de bienes, en particular de la tierra. En efecto, como Istvan Pogany ha demostrado, al final de la Segunda Guerra Mundial la dislocación y la pobreza acumuladas tras dos guerras mundiales habían radicalizado a los campesinos y a los trabajadores sin tierra de la ECE. Observa dicho autor que estos campesinos radicalizados eventualmente recibieron apoyos de sectores más urbanos, que “representaban el producto genuino y espontáneo de los efectos traumáticos de la guerra, y una reacción inevitable a las grandes desigualdades económicas y la pobreza rural características del período de entreguerras”.<sup>33</sup> Las condiciones históricas particulares de la ECE generaron el sustento de un programa de reforma agraria sin precedentes, al cual contribuyó a la expulsión masiva –y para algunos injusta– de grupos étnicos germánicos de la región. Polonia implementó las medidas de mayor alcance, expropiando 9,3 millones de hectáreas, de las cuales asignó seis millones a campesinos polacos. Para 1949, cinco millones de familias habían recibido tierras que pertenecieron previamente a germánicos. De manera interesante para la perspectiva de JS, Polonia así mismo instituyó un límite de cien hectáreas en la tenencia de tierra por familia, de las cuales no más de cincuenta podían cultivarse. Como resultado de la implementación efectiva de este límite, grandes propiedades fueron expropiadas, lo cual condujo a la eliminación de la nobleza terrateniente polaca “de un solo tajo.”<sup>34</sup>

Lamentablemente, al término de casos más recientes de guerra masivamente destructiva no se han acometido programas redistributivos en una escala similar a la de los países de ECE tras la Segunda Guerra Mundial. En Mozambique la guerra civil de 1981-1992 causó destrucción masiva a la infraestructura económica, en particular en el sector agrícola. Aproximadamente la mitad de los sistemas de irrigación, represas y centros de producción de semilla fueron destruidos, y la misma suerte corrió cerca del 40% de las principales categorías de capital inmueble.<sup>35</sup> Del total de la población, el 25% fue desplazado internamente, el 10% se fue al exilio, y el 20% se quedó, sólo para ver cómo sus medios de vida eran destruidos. En suma, la vida de al menos la mitad de toda la población del país fue transformada radicalmente por la guerra.<sup>36</sup> No obstante el grado de destrucción, en Mozambique la reconstrucción se ha enfocado en las instituciones y la infraestructura



<sup>33</sup> Pogany, *op. cit.*, p. 41.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, pp. 46-7.

<sup>35</sup> Brück, *op. cit.*, p. 65.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, p. 67.

de la preguerra, incluso de tiempos coloniales, aun cuando hay alternativas superiores disponibles (por ejemplo, incluir restricciones basadas en principio de equidad en los programas de reconstrucción, implementar criterios de desarrollo sostenible, usar sistemas de producción más eficientes, etc.) A juicio de Brück –con quien estoy plenamente de acuerdo–, en Mozambique “lo que puede obstaculizar el desarrollo sostenible y equitativo tras la guerra no es tanto la pérdida de capital causada por la guerra, sino más bien la destrucción desigual y la creciente desigualdad en la distribución de bienes. La desigualdad del ingreso en Mozambique puede verse como uno de los legados más severos de la guerra.”<sup>37</sup> Tal desatención a las oportunidades redistributivas de la guerra es lamentable, en particular dado que es claro que dotar a los campesinos de tierra tendría un impacto positivo en sus vidas: actualmente, gran parte de la población de Mozambique depende de la agricultura de subsistencia, y estudios econométricos han calculado que un incremento del 10% en el área cultivada conduciría a un 3% de incremento en el nivel de consumo per cápita.<sup>38</sup>

En casos claros de guerra masivamente destructiva, el argumento de la prioridad de la JS tiene mayor plausibilidad, pero hay también una zona gris en la cual su aplicación puede generar desacuerdos razonables. Es posible, por ejemplo, que en algunos países sólo partes del territorio hayan sufrido daños masivos, mientras que el resto permanece en condiciones de relativa normalidad. En tales casos podría considerarse congelar los derechos a la reparación y dar prioridad a la JS únicamente en los territorios afectados. Otra posibilidad sería implementar programas diluidos de JC, que estarían justificados tanto por la imposibilidad logística de aplicar la JC plenamente como por razones de JS que disminuyen la fuerza de la JC. El caso colombiano sirve como ilustración. Se ha estimado que en Colombia el número total de hectáreas tomadas forzosamente durante el conflicto armado hasta el año 2008 equivale a 10,8% del total del territorio nacional cultivado.<sup>39</sup> Aunque inferiores al 50% que daría pie para describir el conflicto colombiano como guerra masivamente destructiva, estas apropiaciones y pérdidas se han concentrado en algunas regiones del país, particularmente en zonas de colonización del oriente y del norte, donde los cambios en la tenencia de la tierra probablemente han afectado de hecho a más de la mitad del territorio

---

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 87.

<sup>38</sup> Bozzoli, Carlos & Brück, Tilman, “Agriculture, Poverty, and Postwar Reconstruction: Micro-Level Evidence from Northern Mozambique”, *Journal of Peace Research*, 2009, 46, (3), p. 388.

<sup>39</sup> Garay, Luis Jorge, y Barberi, Fernando, “Seizure and Abandonment of Land and other Goods of Displaced Populations,” en Morten Bergsmo, Cesar Rodríguez Garavito, Pablo Kalmanovitz y María Paula Saffon (eds.), *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Publisher, PRIO, 2010.

y de la población.<sup>40</sup> Si el efecto de las pérdidas masivas en estas áreas equivale a la disolución de estructuras sociales y formas de vida previas a la guerra, a la manera de Mozambique pero localmente, entonces puede pensarse que los reclamos de reparación perderían algo de su fuerza. En efecto, las áreas afectadas podrían ser la fuente de bienes para un programa de reforma agraria que beneficie tanto a previos poseedores y campesinos de la región como a campesinos sin tierra de otras regiones.

Debe observarse, sin embargo, que esto no justifica de ninguna manera la legalización de las élites terratenientes emergentes en zonas de despojo de tierras. Por el contrario, el presente argumento concierne ante todo la JS y la igualdad de oportunidades, lo cual implica que sólo programas redistributivos igualitarios, y no la acumulación forzosa y criminal de recursos en pocas manos, pueden reemplazar los deberes y los derechos correctivos. Si en este caso hubiera un dilema exclusivo entre satisfacer los derechos a la reparación de los previos propietarios, por un lado, y legalizar la ocupación de tierra por parte de los nuevos terratenientes, por el otro, entonces, claramente, lo primero sería preferible *en razón de la justicia social*. Sin embargo, una alternativa superior a las dos anteriores sería la de desarrollar un programa de reforma agraria que atendiera la situación de los campesinos desplazados y también la de campesinos sin tierra que se encuentran por debajo del umbral mínimo de la JS.<sup>41</sup>

## 5. EL PROBLEMA DE LA IMPUNIDAD

El caso colombiano ilustra bien la objeción al argumento central de este artículo, objeción que se discute en esta sección ¿Se genera impunidad al priorizar la JS sobre la JC durante y al final de un conflicto armado? El discurso actual de la justicia transicional y del derecho internacional tiende a enfatizar los juicios responsabilizantes como base justificatoria de la JC. Hasta ahora he dicho muy poco acerca de los *deberes* de la JC, es decir, de aquella justicia que consiste en hacer responsables a quienes causan un daño de reparar a sus víctimas. Según aclaré al inicio, mi argumento se refiere ante todo a cómo asignar recursos escasos durante y al final de un conflicto, y en menor medida a qué debe hacerse con los perpetradores de violaciones de derechos humanos en razón de sus crímenes. He discutido, en



<sup>40</sup> Ibáñez, Ana María y Muñoz, Juan Carlos, "The Persistence of Land Concentration in Colombia: What Happened between 2000 and 2009?", en Bergsmo *et al.*, *op. cit.*

<sup>41</sup> Esta tercera opción es superior desde el punto de vista de la justicia, pero posiblemente sería subóptima desde el punto de vista más pragmático de la viabilidad política. Sobre este contraste ver: Saffon, María Paula y Uprimny, Rodrigo, "Distributive Justice and the Restitution of Dispossessed Land and in Colombia", en Bergsmo *et al.*, *op. cit.*

particular, la fuerza de los derechos de JC en relación con aquellos de la JS. Este enfoque particular se debe en parte al hecho de que el discurso actual sobre la compensación tiende a dejar de lado el hecho de que los recursos para la reconstrucción son escasos, y que por consiguiente los bienes para la compensación deberán competir con recursos para proveer mínimos sociales. Si nos enfocamos en el hecho de la escasez, resulta más fácil comprender que los derechos a la reparación pueden limitarse cuando compiten con la pobreza extrema. Sin embargo, dado que el lado de la oferta de la JC, es decir, la obligación de reparar, es también de innegable importancia, es necesario considerar algunas implicaciones del presente argumento.

Sin duda es altamente deseable que los criminales sean responsabilizados por sus actos mediante el castigo y, así mismo, a través de la obligación de reparar materialmente por los daños causados. No obstante, en casos de transición la obligación de reparar se complica por consideraciones análogas a las bien conocidas para el castigo: la amenaza de ser forzados a hacer pagos compensatorios puede minar los incentivos de los beligerantes para dejar las armas, entrar en negociaciones de paz y desmovilizarse por completo.<sup>42</sup> Como ocurre con la justicia retributiva, el valor de hacer a los criminales responsables por sus actos vía la obligación de reparar puede tener que sacrificarse en aras de la desmovilización y la paz futuras (este sacrificio puede verse como la elección del mal menor).

Una segunda observación importante es que aun si los criminales fueran efectivamente forzados a reparar por los daños causados durante la guerra, la destrucción durante la guerra puede ser tan vasta que sus bienes no alcanzarán a cubrir por completo los costos de la reconstrucción. Por tanto, la pregunta de cómo distribuir las cargas de las pérdidas sufridas durante la guerra persiste aunque los perpetradores sean forzados a compensar con sus bienes. Adicionalmente, no es claro que los bienes para la compensación provenientes de los criminales deban dirigirse específicamente a sus respectivas víctimas. El argumento de la prioridad de la JS sugiere una alternativa atractiva: todos los pagos compensatorios pueden reunirse en un fondo para la reconstrucción que deberá usarse de acuerdo con principios *generales* de justicia. Además de los pagos compensatorios, este fondo puede recibir ayuda internacional humanitaria e impuestos locales para la reconstrucción, y deberá usarse con orientación eminentemente a presente y a futuro.<sup>43</sup>



<sup>42</sup> Sobre los dilemas de la justicia retributiva en transiciones ver, por ejemplo: Huyse, Luc, "Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past", *Law and Social Inquiry*, 1995, (20), 1; Snyder, Jack & Vinjamuri, Leslie, "Trials and Errors", *International Security*, 2003, 28, (3); Elster, Jon, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, New York, 2004, pp. 188-98.

<sup>43</sup> Para una discusión más detallada del fondo para la reconstrucción, ver: Kalmanovitz, *op. cit.*

Una tercera observación importante es que la obligación de reparar no es el único mecanismo para evitar la impunidad. Otros mecanismos de la justicia transicional, entre los cuales está, por supuesto, el castigo, pero también las comisiones de la verdad y la exclusión política o profesional pueden contribuir a hacer responsables a los perpetradores.<sup>44</sup> Más aún si el objetivo de los juicios responsabilizantes es restaurar la confianza, la solidaridad social y la dignidad humana, la JC puede no ser suficiente (y tampoco necesaria) para lograrlo. Al final de la guerra, es sin duda crucial vindicar el estatus moral de las víctimas, así como crear nuevos entendimientos públicos acerca del valor de la vida humana y de la dignidad e importancia de los proyectos de vida, pero en estos propósitos la JS puede jugar un rol más importante que la JC. En la teoría de Rawls tener una “noción del valor propio” aparece como uno de los bienes sociales primarios que las instituciones fundamentales de la sociedad deben encargarse continuamente de proveer y proteger.<sup>45</sup> La creencia de que a través de una ronda de pagos compensatorios pueden lograrse profundas transformaciones normativas en la sociedad parece ilusoria; la inversión en justicia social, por otro parte, puede ser una apuesta más segura y robusta.

Dicho todo esto, persiste una importante duda relativa al problema de la impunidad. Esta duda podría llamarse también el “problema de la desmoralización”. Si se da prioridad a la JS, ¿estará la opinión pública convencida de que los perpetradores de violaciones de derechos humanos se beneficiaron de sus crímenes?<sup>46</sup> Si las autoridades transicionales dan prioridad a la JS a *costa de* los deberes de la JC, ¿serán *percibidas* como ilegítimas? Asumiendo que dar prioridad a la JS puede debilitar los deberes de pagar reparaciones, y de este modo facilitar la impunidad, en efecto puede haber un problema de desmoralización y percepción de ilegitimidad. La razón es que sostener el derecho a la reparación, y en particular dar a las víctimas la oportunidad de recobrar sus pérdidas vía acciones judiciales, puede ser la mejor manera de hacer responsables a los perpetradores por sus crímenes, puesto que genera incentivos robustos para que las víctimas coordinen sus acciones y litiguen en contra de los perpetradores en foros legales.

Caben en este sentido dos observaciones. La primera es que si bien el litigio por parte de organizaciones de víctimas puede ser una manera efectiva de implementar juicios responsabilizantes, no es la única. La sociedad civil,



<sup>44</sup> Sobre responsabilidad vía comisiones de la verdad, ver: Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, 1<sup>st</sup> ed., Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2006.

<sup>45</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, p. 79.

<sup>46</sup> Ver, en esta conexión: Ackerman, Bruce A., *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press, New Haven, 1992, p. 76.

concebida más ampliamente, así como órganos jurídicos estatales, pueden y deben también contribuir a implementar juicios de responsabilidad. La segunda observación es que un programa ambicioso de reforma agraria o de JS, entendida en un sentido amplio, puede tener efectos positivos en la percepción de legitimidad. Al acometer la tarea de proveer efectivamente mínimos sociales, las autoridades a cargo de la transición pueden llegar a ser percibidas como legítimas.<sup>47</sup> En cualquier caso, la cuestión central es si el problema de la desmoralización puede minar los esfuerzos de las autoridades transicionales a tal punto que la provisión de mínimos sociales para toda la población se vea afectada. En palabras de Jon Elster, cuando las autoridades transicionales tienen suficiente legitimidad, “la gente estará motivada a soportar los costos de la transición y el extenso proceso de ensayo y error que puede ser necesario antes de encontrar una implementación viable”.<sup>48</sup> Pero si las autoridades transicionales son percibidas como ilegítimas, sus empeños pueden fracasar aunque sean teóricamente defendibles.

## 6. CONCLUSIONES

Mi enfoque en este artículo se ha mantenido predominantemente dentro del marco de una teoría liberal de la justicia. He presentado una concepción liberal de la justicia correctiva, y he derivado algunas implicaciones para casos de guerras masivamente destructivas, y para casos que se aproximan suficientemente a este tipo ideal. Este foco teórico ha dejado por fuera otros elementos normativos que podrían favorecer las reparaciones al final de la guerra, entre los cuales pueden señalarse dos como indicación de futuros desarrollos teóricos posibles y a manera de conclusión.

Se ha dicho a menudo que la tierra genera apegos especiales que deben ser preservados y protegidos. Tales apegos son particularmente claros para grupos étnicos, religiosos, o tradicionales, cuyas tradiciones o creencias incluyen lazos fuertes y ancestrales con una región particular.<sup>49</sup> A diferencia del caso de bienes muebles, la tierra puede ser siempre, en principio, restituida,



<sup>47</sup> En Nicaragua, la política sandinista de dar tierra a los campesinos, particularmente en el norte del país, buscó detener el reclutamiento de insurgentes por parte de los Contras. En últimas, la política no fue ni oportuna ni suficiente. Se ha argumentado que la expectativa campesina no satisfecha de recibir tierras del gobierno sandinista alimentó resentimientos y motivó a muchos a pelear con la Contra (ver: Fitzgerald & Grigsby, *op. cit.* p. 127).

<sup>48</sup> Elster, Jon, “Arguments for Constitutional Choice: Reflections on the Transition to Socialism”, in Jon Elster & Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Maison des Sciences de l’Homme, Cambridge, 1988, pp. 319-20.

<sup>49</sup> El caso de Israel y Palestina es paradigmático en este sentido. Para una discusión de los lazos ancestrales con la tierra por parte de minoría étnicas en Colombia, ver: Rodríguez Garavito, Cesar, “Ethno-Reparations: Collective Ethnic Justice and the Reparation of Indigenous Peoples and Black Communities in Colombia”, en Bergsmo *et al.*, *op. cit.*

así que la cuestión de la reparación, en contraste con la compensación, es en estos casos usualmente relevante.<sup>50</sup> Cuando una zona sobre la cual un grupo tradicional tiene lazos especiales ha sido ocupada por terceros a causa de una guerra, puede ser necesario sopesar el valor de la vida colectiva del grupo tradicional con el valor de los proyectos de vida de quienes han venido a residir en sus tierras. Si bien un lazo tradicional puede pesar fuertemente en la balanza, no siempre anulará por completo los intereses de quienes han establecido un proyecto de vida en la región.<sup>51</sup> Esta situación puede verse como un conflicto en el ejercicio de la autonomía, que en algunos casos, pero seguramente no en todos, puede resolverse mediante una división del territorio o un uso mixto del mismo. En cualquier caso se trata, en efecto, de una situación en la cual las demandas de restitución pueden ser lo suficientemente fuertes como para superar los requerimientos generales de la JS: el interés particular creado por los lazos ancestrales genera una razón fuerte para la restitución, más allá de los imperativos de la JS.

Un segundo orden de consideraciones que ha quedado por fuera del presente análisis es el del desarrollo económico y la eficiencia en la explotación de recursos. Esta omisión no implica, por supuesto, que la eficiencia o el desarrollo sean en general menos importantes que la justicia o los derechos al final de la guerra. Es concebible que en algunos casos consideraciones de eficiencia y de desarrollo favorezcan pagos compensatorios más allá de lo que el balance entre JS y JC aquí presentado justificaría. Sin embargo, el análisis de la relación entre desarrollo económico y justicia deberá ser dejado para otra oportunidad.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/60/147 del 21 de marzo de 2006.
2. Ackerman, Bruce A., *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press, New Haven, 1992, p. 76.
3. Bozzoli, Carlos & Brück, Tilman, "Agriculture, Poverty, and Postwar Reconstruction: Micro-Level Evidence from Northern Mozambique", *Journal of Peace Research*, 2009, 46, (3), p. 388.



<sup>50</sup> Digo *casi siempre* porque las minas antipersonales y otros tipos de armamento pueden causar daños irreparables a la tierra durante la guerra y dejarla inservible para uso humano. Debe observarse, además, que el acceso a la tierra y su productividad pueden verse afectados por la destrucción de infraestructura, por ejemplo carreteras, ferrocarriles, fuentes de agua, sistemas de riego, etc.

<sup>51</sup> Ver: Elster, *Closing the Books : Transitional Justice in Historical Perspective*, p. 172.

4. Brück, Tilman, "Mozambique: The Economic Effects of the War", in Frances Stewart & E. V. K. Fitzgerald, *War and Underdevelopment*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
5. Coleman, Jules L., *Risks and Wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
6. Corrective Justice vs. Social Justice in the aftermath of War, en Bergsmo, Morten, Rodríguez Garavito, César, Kalmanovitz, Pablo, y Saffon, María Paula (Eds), *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Publisher, International Peace Research Institute, Oslo, 2010.
7. Cowen, Tyler, "How Far Back Should We Go? Why Restitution Should Be Small", in Elster, Jon, *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, Cambridge University Press, New York, 2006.
8. Crocker, David A., *Ethics of Global Development: Agency, Capability, and Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, New York, Cambridge, 2008.
9. Daniel Fitzpatrick, "Land Policy in Post-Conflict Circumstances: Some Lessons from East Timor", *New Issues in Refugee Research*, Working Paper, No. 58, 2002, p. 8.
10. De Greiff, Pablo, "Justice and Reparations', in De Greiff, Pablo, *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006.
11. De Greiff, Pablo, *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006.
12. Elster, Jon, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, New York, 2004, pp. 188-98. Elster, Jon, "Arguments for Constitutional Choice: Reflections on the Transition to Socialism', in Jon Elster & Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Maison des Sciences de l'Homme, Cambridge, 1988, pp. 319-20.
13. Fitzgerald, Valpy, & Grigsby, Arturo, "Nicaragua: The Political Economy of Social Reform and Armed Conflict", in Frances Stewart & E. V. K. Fitzgerald, *War and Underdevelopment*, Oxford University Press, Oxford.
14. Fitzpatrick, Daniel, *Land Claims in East Timor*, Asia Pacific Press, Canberra, 2002.
15. Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, 1st ed., Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2006.
16. Garay, Luis Jorge, y Barberi, Fernando, "Seizure and Abandonment of Land and other Goods of Displaced Populations," en Morten Bergsmo, Cesar Rodríguez Garavito, Pablo Kalmanovitz y María Paula Saffon (eds.), *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Publisher, PRIO. 2010.

17. Goodin, Robert, "Compensation and Redistribution", in John William Chapman (ed.), *Compensatory Justice*, Nomos. 33, New York University Press, New York, 1991.
18. Goodin, Robert, "Theories of Compensation", in R. G. Frey & Christopher W. Morris (eds.), *Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.
19. Huyse, Luc, "Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past", *Law and Social Inquiry*, 1995, (20), 1.
20. Ibáñez Londoño, Ana María, *El desplazamiento forzoso en Colombia: un camino sin retorno a la pobreza*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.
21. Ibáñez, Ana María y Muñoz, Juan Carlos, "The Persistence of Land Concentration in Colombia: What Happened between 2000 and 2009?", en Bergsmo, Morten, Rodríguez Garavito, César, Kalmanovitz, Pablo, y Saffon, María Paula (Eds), *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Publisher, International Peace Research Institute, Oslo, 2010.
22. *Justice as Fairness: A Restatement*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2001, pp. 168-77.
23. Kalmanovitz, Pablo, "Sharing Burdens after War: A Lockean Approach", *Journal of Political Philosophy* (en prensa).
24. Perry, Stephen R., "On the Relationship between Corrective and Distributive Justice", in Jeremy Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
25. Pogany, Istvan S., *Righting Wrongs in Eastern Europe*, Manchester University Press, Manchester 1997.
26. Ratner, Steven R. & Abrams, Jason S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2001. Rawls, John, *Justice as Fairness: A Restatement*.
27. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Rev. ed., Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999, xiv-xvi, 53-56.
28. Rawls, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, pp. 268-9.
29. Rodríguez Garavito, Cesar, "Ethno-Reparations: Collective Ethnic Justice and the Reparation of Indigenous Peoples and Black Communities in Colombia", en Bergsmo, Morten, Rodríguez Garavito, César, Kalmanovitz, Pablo, y Saffon, María Paula (Eds), *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Publisher, International Peace Research Institute, Oslo, 2010.
30. Saffon, María Paula y Uprimny, Rodrigo, "Distributive Justice and the Restitution of Dispossessed Land and in Colombia", en Bergsmo, Morten, Rodríguez Garavito, César, Kalmanovitz, Pablo, y Saffon, María Paula

(Eds), *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Publisher, International Peace Research Institute, Oslo, 2010.

31. Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
32. Snyder, Jack & Vinjamuri, Leslie, "Trials and Errors", *International Security*, 2003, 28, (3).

