

INFORME

Un enfoque mixto en los crímenes internacionales

Los procedimientos jurídicos retributivos y restaurativos de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia

Abril de 2020



Imagen de portada: : Silvia Berrocal (izquierda), cuyo hijo fue asesinado por las FARC-EP, y Pastor Alape (derecha), un ex comandante de las FARC-EP, discuten propuestas de proyectos de justicia restaurativa mientras caminan juntos en la ciudad de Apartadó, Colombia. (ICTJ/María Margarita Rivera)

INFORME

Un enfoque mixto en los crímenes internacionales

Los procedimientos jurídicos retributivos y restaurativos de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia

Abril de 2020

Anna Myriam Roccatello y Gabriel Rojas

Sobre los Autores

Anna Myriam Roccatello es la directora ejecutiva adjunta y directora de programas del ICTJ y actualmente supervisa todos los programas globales y nacionales. Tiene más de 25 años de experiencia en los campos de los derechos humanos, la justicia transicional y el estado de derecho. Antes de unirse al ICTJ trabajó más de 15 años en organizaciones y misiones de las Naciones Unidas alrededor del mundo. Roccatello tiene títulos en Derecho de la Universidad de Estrasburgo y la Universidad de Turín y un doctorado en Derecho Europeo de la Universidad de Milán. Es profesora visitante de Derecho en la Universidad de Milano-Bicocca.

Gabriel Rojas lideró la metodología para la investigación macro-criminal de crímenes internacionales en el Grupo de Análisis de la Información de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. Tiene más de 10 años de experiencia coordinando proyectos de derechos humanos para víctimas de conflictos armados. Con anterioridad, coordinó actividades relacionadas con justicia para la oficina del ICTJ en Colombia. Como académico se centra en el estudio del castigo en las sociedades liberales y su relación con la justicia transicional. Gabriel tiene un doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes y un máster en Teoría Política de la *London School of Economics (LSE)*.

Agradecimientos

Los autores están muy agradecidos con todos los participantes de la Conferencia sobre Justicia Restaurativa organizada por el ICTJ, que se celebró del 10 al 14 de junio de 2019 en Bogotá, Colombia. Agradecemos a los magistrados, abogados y expertos de la Jurisdicción Especial para la Paz; a los miembros del Comando Conjunto Estratégico de Transición del Ministerio de Defensa y los miembros de la Fuerza Pública; a los antiguos miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP) y su equipo asesor; y a las víctimas y sus organizaciones. Su sabiduría, transparencia e iniciativa nos han sido de gran ayuda para realizar este informe. Agradecemos a nuestro panel de expertos: los profesores John Braithwaite, Adolfo Ceretti y Roberto Cornelli. Su dedicación y conocimiento de la justicia restaurativa son sólo igualados por su vigor intelectual y habilidad pedagógica. Agradecemos a la Universidad de los Andes; a Manuel Iturralde, Angelika Rettberg e Iván Orozco; a la Universidad Nacional; a Marco Romero, Martha Nubia Bello, Carolina Jiménez y Rodrigo Uprimny; y a los estudiantes que participaron en las conferencias. Para finalizar, agradecemos a Elena Naughton del ICTJ por su experto aporte y revisión detallada de los primeros borradores; y a Michael Naughton, quien realizó una investigación sobre el tema y contribuyó a la redacción del informe durante su pasantía en la oficina del ICTJ en Colombia. El ICTJ también agradece a la Embajada de Alemania por su apoyo a la publicación de este informe.

Sobre el ICTJ

El Centro Internacional para la Justicia Transicional trabaja en sociedades de distintas partes del mundo afrontando las causas y abordando las consecuencias de violaciones masivas de derechos humanos. Reafirmamos la dignidad de las víctimas, luchamos contra la impunidad y promovemos instituciones responsables en aquellas sociedades que emergen de regímenes represivos o de conflicto armado, así como también en democracias consolidadas que aún no han resuelto injusticias históricas o abusos sistemáticos. El ICTJ concibe un mundo en el que las sociedades rompan los ciclos de violaciones masivas de derechos humanos y sienten las bases para la paz, la justicia y la inclusión. Para más información visite www.ictj.org

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: La naturaleza mixta de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).....	3
Prueba de la naturaleza mixta de la JEP	3
¿Por qué un enfoque mixto?	7
CAPÍTULO 2: Retos generales de la justicia restaurativa.....	14
Retos relacionados con las víctimas.....	14
Retos relacionados con los responsables.....	15
Retos relacionados con los magistrados.....	15
Retos relacionados con las comunicaciones.....	17
Retos relacionados con el debido proceso	17
CAPÍTULO 3: Principios importantes para el éxito de la JEP.....	19
Conveniencia del reconocimiento temprano	19
Preparación de todas las partes.....	19
Comunicar el valor de la justicia restaurativa por medio de casos representativos	21
Comunicar de modo efectivo la legitimidad de la JEP	22
Apoyo psicosocial a largo plazo.....	22
CAPÍTULO 4: Procedimientos para alcanzar los objetivos de la justicia restaurativa de la JEP.....	23
Previo a la participación formal en la JEP	23
Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas.....	24
Presentación de informes de las víctimas ante la JEP	24
Versiones voluntarias	24
Reconocimiento de responsabilidad	25
Resolución de conclusiones.....	28
Sección de Primera Instancia para Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad	29
Sección de Primera Instancia en Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad	31
Sección de Revisión.....	32
Ejecución y seguimiento de sanciones propias	33
CAPÍTULO 5: Conclusiones	35
Otras consideraciones y retos.....	35
La polarización en Colombia y el déficit de legitimidad de la JEP	35
Justicia restaurativa no significa sacrificar el debido proceso	36
La retraumatización, la preparación y poner los derechos de las víctimas en el centro de la JEP.....	36
Reflexiones finales.....	37

INTRODUCCIÓN

El edificio que acoge la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), el tribunal de justicia transicional de Colombia se encuentra en una esquina de la siempre bulliciosa carrera séptima de Bogotá. Su moderna fachada de cristal mira hacia el vibrante y siempre cambiante distrito de Chapinero. Sus 10 pisos acomodan las varias salas de la JEP, así como un ejército de personal profesional y de apoyo. Se las arregla para ser al mismo tiempo una presencia humilde e impresionante.

En junio de 2019, el ICTJ organizó una intensa semana de reuniones con varios miembros de la JEP, así como integrantes de las Fuerzas Militares de Colombia, ex combatientes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) y víctimas del conflicto en Colombia. ICTJ Colombia se reúne con asiduidad con estos actores clave como parte de su trabajo, pero el objetivo de esta semana era, en concreto, incluir varios expertos internacionales en justicia restaurativa y transicional: profesor John Braithwaite¹, profesor Adolfo Ceretti², profesor Roberto Cornelli³, María Camila Moreno Múnera⁴ y Anna Myriam Roccatello⁵. Este informe es el resultado de esta fructífera semana de reuniones con los actores principales del proceso de paz en Colombia. En cuanto a los procedimientos de la JEP a los que se refiere el informe, los autores presentan al lector un panorama general, junto con una serie de opciones interpretativas para reconocer e impulsar la incorporación de la justicia restaurativa en el diseño y funcionamiento de esta Jurisdicción. Esta propuesta no necesariamente agota el detalle de cada componente. Respecto a la versión en inglés, se introdujo unas mínimas adecuaciones que reflejan ajustes del desarrollo operativo de la JEP.

El capítulo 1 de este informe ofrece una visión general del modelo innovador de la JEP, que puede considerarse un órgano judicial mixto restaurativo-retributivo. También examina el valor potencial de dicho enfoque procesal mixto, en comparación con las fallas de los procesos de justicia puramente retributiva, para alcanzar los objetivos específicos de atribución de responsabilidad penal en un contexto de justicia transicional. El Capítulo 2 examina algunos de los diversos retos para la justicia restaurativa en general. Para facilitar la presentación, esos retos han sido divididos en cinco categorías: víctimas, responsables, magistrados, comunicaciones y de-

1 Profesor John Braithwaite, Universidad Nacional de Australia, <http://johnbraithwaite.com/about/>.

2 Profesor Adolfo Ceretti, Universidad de Milano-Bicocca, www.unimib.it/adolfo-ceretti.

3 Profesor Roberto Cornelli, Universidad de Milano-Bicocca, www.unimib.it/roberto-cornelli

4 María Camila Moreno Múnera, directora de la Oficina para Colombia, ICTJ, www.ictj.org/about/maria-camila-moreno-m%C3%BAnera.

5 Anna Myriam Roccatello, directora ejecutiva adjunta y directora de programas, ICTJ, www.ictj.org/about/anna-myriam-roccatello.

bido proceso. El Capítulo 3 sugiere varios principios que la JEP debería considerar para ayudar a lograr algunos de sus objetivos de justicia restaurativa; mientras el Capítulo 4 sugiere algunas acciones y procedimientos específicos que la JEP puede implementar para incorporar dichos principios de justicia restaurativa. Aquellos lectores que estén familiarizados con la justicia transicional, el proceso de paz en Colombia y la JEP, quizás deseen saltarse los Capítulos 1 y 2 e ir directamente a las recomendaciones de los Capítulos 3 y 4. Finalmente, el informe concluye con reflexiones sobre algunos retos del enfoque mixto y ofrece algunas sugerencias generales sobre cómo avanzar.

CAPÍTULO 1: La naturaleza mixta de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Prueba de la naturaleza mixta de la JEP

La histórica firma del Acuerdo Final de Paz (Acuerdo Final) en 2016 culminó en un documento exhaustivo de 310 páginas que pretendía ocuparse de los elementos del conflicto, mientras creaba instituciones que pudieran ayudar a conseguir una paz estable y duradera. El documento comprende una serie de acuerdos, divididos por capítulos, que se ocupan de los diferentes elementos necesarios para la reconstrucción, reconciliación, convivencia y construcción de la paz.

El capítulo 1 del Acuerdo Final trata la reforma rural, que pretende transformar la tenencia de la tierra y mejorar la forma de vida de la población rural. El capítulo 2 se ocupa de la participación política, de la necesidad de fortalecer las tradiciones democráticas y el pluralismo y ofrece incentivos a los combatientes para participar en la política de forma pacífica. El capítulo 3 enumera las condiciones del cese al fuego; los procesos de reincorporación de los miembros de las FARC-EP a la vida económica, social y política del país; y las garantías de seguridad y el compromiso continuo de luchar contra las organizaciones criminales. El capítulo 4 busca resolver el problema de las drogas ilícitas, incluyendo su uso, producción y comercialización. El capítulo 5, titulado “Víctimas”, crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación, y No Repetición (SIVJRNR), en el cual las víctimas pueden participar en procesos de reconciliación, restauración y reparación, y destaca la centralidad de las víctimas en el Acuerdo Final. Por último, el Capítulo 6 crea mecanismos para asegurar que cada componente del Acuerdo sea implementado, inclusive mediante la acción legislativa, y sea verificado.

Este informe se concentra en el capítulo 5 del Acuerdo y en la posibilidad de las víctimas de obtener justicia por medio de mecanismos mixtos restaurativos y retributivos de justicia. El Acuerdo Final reconoce que considerar las voces de las víctimas y sus demandas es esencial para lograr justicia mediante las instituciones y los procedimientos que establece.

El SIVJRNR abarca cinco componentes: una comisión de la verdad, medidas reparadoras, garantías de no repetición, una unidad de búsqueda de personas desaparecidas y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Estos cinco mecanismos trabajan de manera conjunta para recopilar un catálogo exhaustivo de historias de las víctimas, así como para garantizar reparaciones justas y otras medidas restaurativas, que ayudan a que las víctimas se sientan debidamente escuchadas y crean las bases para la convivencia y la no repetición, reconociendo las complejas causas socia-

les e institucionales del conflicto. Las medidas de reparación descritas en el Acuerdo Final, aun cuando están basadas en la Ley de Víctimas de 2011⁶, pretenden ampliar y pulir las disposiciones pertinentes de esa ley. Con este fin, las medidas de reparación que garantiza el SIVJRNR no son individuales sino, principalmente, simbólicas y colectivas. Conforme al Acuerdo Final, estas medidas de reparación simbólica y colectiva incluyen los siguientes componentes: el reconocimiento de responsabilidad, las disculpas públicas, la condena de los infractores y sanciones restaurativas. Lo que no expresa el Acuerdo Final, sin embargo, es que dichas reparaciones deben estar basadas tanto en los resultados como en el proceso, mediante los procedimientos de justicia restaurativa que el Acuerdo contempla. Esto significa que un enfoque restaurativo debe medirse no sólo por las sanciones que imponga un tribunal, o las reparaciones ordenadas para resarcir los derechos de las víctimas, sino también por la calidad de la participación y liderazgo de las víctimas en el proceso de justicia restaurativa.

A pesar de estar compuesto de diferentes mecanismos (la Comisión de la Verdad, la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas y la JEP), el SIVJRNR opera de manera integral. Los mecanismos que componen el sistema no funcionan como entidades independientes, sino como un organismo integrado que recoge las historias de las víctimas y ofrece reparaciones justas y otras medidas de justicia. Por ejemplo, el Acuerdo Final precisa que las sentencias finales del Tribunal de Paz se envíen a la Comisión de la Verdad para una documentación más exhaustiva de la verdad. Por esta misma razón, el Acuerdo Final requiere protocolos de colaboración entre los diferentes componentes del SIVJRNR.

La naturaleza integral del SIVJRNR refleja la del Acuerdo Final, que es entendido como un todo. En efecto, las sanciones de justicia restaurativa previstas en los procedimientos de la JEP deben implementarse junto a los cambios estructurales propuestos por el Acuerdo Final (reforma rural, participación política y solución al problema de las drogas ilícitas). Estos proyectos de justicia restaurativa requieren que los responsables consulten con las víctimas y sus representantes a la hora de proponerlos, y que, además, los proyectos contribuyan directamente a los objetivos estipulados en los capítulos 1, 2 y 4 del Acuerdo Final. Las sanciones de la JEP, combinadas con mejoras en la infraestructura que beneficien a las comunidades afectadas, ayudarán de modo tangible a reparar el tejido social.

Este informe se centra en la JEP y en el papel de víctimas y responsables en sus procedimientos. La JEP, como el mecanismo encargado de atribuir la responsabilidad penal, ofrece oportunidades únicas para proporcionar tanto justicia restaurativa como retributiva. El informe detallará esas oportunidades. Sin embargo, es importante recordar que los otros elementos del SIVJRNR, como la Comisión de la Verdad y la Unidad de Búsqueda junto con medidas de reparación y las garantías de no repetición, pueden también entenderse como restaurativos en su concepción.

La JEP pretende alcanzar responsabilidades penales en Colombia mediante un sistema mixto de justicia restaurativa y retributiva⁷. En términos generales, esta Jurisdicción concibe medidas de justicia restaurativa a gran escala que implican reconocimientos públicos de responsabilidad, así como reparaciones concretas, simbólicas y colectivas centradas en satisfacer a las víctimas

6 Ley 1448 de 2011. La ley dispone una serie de medidas específicas para reparar el daño ocasionado a las víctimas del conflicto interno de Colombia. Está legalmente reconocido que hubo un universo de víctimas que sufrieron individualmente, colectivamente o de ambas maneras, tanto violaciones de los derechos humanos como infracciones al (derecho internacional humanitario) como resultado directo del conflicto que afectó al país desde, al menos, 1985. La ley explícitamente excluye a los miles de víctimas de la violencia relacionada con los delitos de la 'delincuencia común'.

7 Véase el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (2016), Capítulo 5.1. Edición en inglés (discute los diversos objetivos judiciales del Sistema Integral), <http://especiales.presidencia.gov.co/Documents/20170620-dejacion-armas/acuerdos/acuerdo-final-ingles.pdf>, consultado el 12 de julio de 2019.

mientras se reintegra a los responsables⁸. La JEP muestra también características de justicia restaurativa al prever la amnistía más amplia posible a las personas que participaron en el conflicto armado, de acuerdo con el Artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra⁹. De modo similar, en el diseño de la JEP se enfatiza en la importancia de la participación política y se establece que la imposición de sanciones a responsables del conflicto armado no puede, por disposición legal, inhabilitar para participar en política o ejercer derechos pasivos o activos de participación política¹⁰. Al mismo tiempo, la JEP también trae consigo elementos de justicia retributiva, particularmente relacionados con la posibilidad de imponer sentencias de cárcel a aquellos que no reconozcan su responsabilidad en graves crímenes. Como se comentará más adelante, los responsables pueden ser condenados a prisión en algunos casos, e incluso cuando no sean condenados a prisión, pueden estar sujetos a restricciones de libertades y derechos.

La gama de sanciones que puede imponer la JEP es una clara señal del diseño mixto innovador restaurativo-retributivo de justicia de la JEP. Algunos de los aspectos de justicia restaurativa de la JEP son visibles en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (Sala de Reconocimiento), la cual puede impulsar la imposición de “sanciones propias”¹¹. Las sanciones propias permiten que un compareciente que reconoce completamente su responsabilidad pueda desarrollar un proyecto de justicia restaurativa para las víctimas¹². Este tipo de sanciones, sin embargo, también contienen elementos de justicia retributiva; concretamente, la JEP impondrá “restricciones de libertades y derechos, tales como libertad de residencia y movimiento”, para asegurarse de que el responsable lleve a cabo el proyecto de sanción¹³.

La mezcla de sanciones restaurativas y retributivas que la JEP impone al responsable depende directamente del grado en el que reconozca su responsabilidad y el momento en que lo haga¹⁴. La Corte Constitucional de Colombia, en su revisión del Acto Legislativo 01 de 2017, que estableció el SIVJNR como instituto, se refiere a este aspecto, entre otros, como el “Régimen de Condicionalidad”¹⁵. Si en lugar de reconocer totalmente su responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, el compareciente la reconoce más adelante, plenamente, y ante la Sección de Primera Instancia para casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad en el Tribunal de Paz, entonces el Acuerdo Final permite a la JEP imponer una “sanción alternativa” que es “esencialmente retributiva en su naturaleza”, en concreto, “privación de libertad” de cinco a ocho años¹⁶. Si un compareciente no reconoce responsabilidad por delitos graves y

8 Ibid., 188-89.

9 Ibid., 160 artículo 37

10 Ibid., 160 artículo 36.

11 Estas *sanciones propias* se definen como “sanciones restaurativas que pretenden reparar el daño causado a las víctimas. Incluyen de cinco a ocho años de restricciones efectivas de la libertad, pero no la encarcelación.”. Aun cuando las sanciones propias pretenden tener efectos restaurativos, también tienen claros elementos retributivos; concretamente, las restricciones de libertades y derechos.

12 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 175.

13 Ibid., 182.

14 Ibid., 175.

15 Véase Sentencia C-674 de 2017, p.354-55, “Con respecto a este régimen de condicionalidades, la Corte estima que se trata de un elemento estructural del sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición, en la medida en que la satisfacción de los derechos de la sociedad y de las víctimas resulta, no de la sumatoria o del agregado de medidas contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2017, sino del particular esquema de articulación entre todas estas. En esencia, este régimen de condicionalidades apunta a permitir la flexibilización en los estándares regulares y ordinarios de justicia, pero sobre la base de que esto tiene como contrapartida una ganancia en términos de acceso a la verdad, de la reparación integral a las víctimas, y de implementación de garantías de no repetición de los hechos que dieron lugar a la vulneración de derechos. Esta lógica que subyace al acto legislativo se traduce en una regla de condicionalidad, en virtud de la cual el acceso y el mantenimiento de todos los componentes del régimen penal especial para el escenario transicional, se encuentran supeditados a la contribución efectiva y proporcional a la reconstrucción de la verdad, a la reparación de las víctimas del conflicto armado, y a la implementación de garantías de no repetición.” Véase Sentencia C-080 de 2018 (que describe la interacción entre el grado en el que un responsable reconoce su responsabilidad y el momento en el que lo hace, el tipo de sanción correspondiente impuesto por la JEP y el “Régimen de Condicionalidad”).

16 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 175.

representativos y es declarado culpable, entonces la JEP impondrá “sanciones ordinarias... [que] desempeñen las funciones previstas para tal efecto por la legislación penal”, es decir, “privación de libertad” de 15 a 20 años¹⁷.

Como ya se ha explicado, hay tres potenciales caminos mediante los cuales los responsables pueden interactuar con la JEP, dependiendo del grado y del momento de reconocimiento de verdad y responsabilidad asumido. Cada uno de los tres caminos comienza en la Sala de Reconocimiento de la JEP, que tiene a su cargo evaluar la responsabilidad en los delitos¹⁸. Antes de su evaluación, la Sala de Reconocimiento recibe versiones orales o escritas de individuos o grupos de individuos sobre su responsabilidad durante el conflicto armado, junto con informes de las organizaciones de víctimas¹⁹. También recibe informes del Fiscal General, el sistema de justicia penal militar y otras instituciones del Estado²⁰, incluyendo informes relativos a crímenes cometidos durante el conflicto armado que fueron investigados bajo la Ley de Justicia y Paz e implicaban a miembros del Ejército o las FARC²¹.

Tras recopilar toda esa información, la Sala de Reconocimiento evalúa, basándose en la información recaudada, si el presunto acto tuvo o no lugar (existió), si la(s) persona(s) presuntamente responsable(s) participó(aron) en su comisión, y si la conducta corresponde o no a un delito que pueda recibir amnistía²². Si la Sala determina que hay bases suficientes para que se pidan responsabilidades al (a los) individuo(s) por un delito grave y representativo, notifica al (a los) individuo(s) involucrado(s) en dichas acusaciones²³.

En este punto, los comparecientes tienen múltiples opciones. En el caso de que al oír las acusaciones de la Sala de Reconocimiento contra ellos, reconozcan la verdad de esas acusaciones y su responsabilidad en la comisión de esos crímenes, los responsables tienen la oportunidad de participar de una audiencia pública, en presencia de organizaciones de víctimas invitadas, para reconocer la verdad y que se establezcan sanciones propias de acuerdo con lo reconocido²⁴. Esta audiencia pública representa la primera fase de justicia restaurativa prevista por el Acuerdo Final que involucra a las víctimas. Las sanciones propias se concretan en proyectos comunitarios y restaurativos que pretenden fortalecer el tejido social de las comunidades. De acuerdo con la gravedad del crimen, también incluyen la restricción de libertades y derechos y una limitación de libertad de tipo retributivo de un período de entre cinco y ocho años²⁵. La audiencia pública resulta en resoluciones y proyectos de sanción que, tras la audiencia, se envían a la Sección de Primera Instancia en Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad del Tribunal de Paz para su revisión y sentencia final²⁶.

17 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 175-76

18 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 154.

19 Ibid.

20 Art. 79/ Ley 1957/19. Para abrir un macro caso, la Sala de Reconocimiento recibe y contrasta informes de hechos relacionados con el conflicto, presentados por las instituciones del Estado y organizaciones de la sociedad civil y de víctimas.

21 Hay que tener en cuenta que, en el caso de los delitos cometidos por civiles, incluso aquellos civiles que pertenecían al Estado en alguna calidad, se requiere que dichos civiles se presenten ante la JEP voluntariamente. Esto se estipuló en el Comunicado número 55 de la Corte Constitucional, disponible en: la Corte Constitucional [C.C.] [Corte Constitucional], noviembre 14, 2017, Sentencia C-674/17, Comunicado número 55 (Colom.) [en adelante C-674/17]. Véase también el Acuerdo Final, supra nota 7, 154 (que detalla los informes que la JEP puede recibir).

22 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 155.

23 Ibid., 153 (que detalla que, en casos de reconocimiento colectivo, la Sala de Reconocimiento atribuirá responsabilidad individual a los miembros de la organización que emite el reconocimiento).

24 Ibid., 154.

25 Ibid., 165.

26 Ibid., 161-62 (que establece que el papel de la Sección de Primera Instancia para Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad es dictar sentencias, teniendo en cuenta la sanción inicial propuesta, y establecer condiciones y métodos para implementar la sanción, mientras supervisa y certifica la efectiva ejecución del proyecto con el apoyo de los mecanismos de seguimiento y verificación establecidos por el Acuerdo Final).

Si, por el contrario, los comparecientes no reconocen ninguna responsabilidad por su conducta, su caso sería remitido a la Unidad de Investigación y Acusación, la cual, tras determinar que hay mérito para ello, puede acusar ante el Tribunal de Paz²⁷. De modo alternativo, la Unidad de Investigación y Acusación puede remitir el caso a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas si determinara que el responsable no debe responder ante el Tribunal de Paz porque, entre otros, la persona no participó de manera determinante en la conducta²⁸. Si la Unidad de Investigación y Acusación impulsa un procedimiento judicial ante el Tribunal de Paz por un caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, este inicia en la Sección de Primera Instancia, que escucha estos casos y dicta sentencias apropiadas que absuelven o condenan al compareciente, y determina las correspondientes sanciones ordinarias o alternativas²⁹. Si un responsable es condenado por un delito grave sin reconocer responsabilidad, puede ser sentenciado a sanciones ordinarias de 15 a 20 años de prisión³⁰.

Una tercera vía se abre para el responsable si este reconoce su responsabilidad durante el procedimiento, en general, o el juicio ante el Tribunal de Paz. En este caso, dependiendo de la gravedad del crimen y de la integridad del relato, el responsable puede ser sentenciado a sanciones alternativas de prisión, consistentes en la detención de entre cinco a ocho años³¹. En ciertos casos, y dependiendo de las circunstancias que evitaron que la persona admitiera responsabilidad desde el comienzo del proceso, las sanciones pueden ajustarse a una sentencia menos severa.

En su conjunto, el criterio diferenciado que utiliza la JEP para imponer una gama de sanciones de diferentes grados de severidad, en respuesta directa al momento y nivel del reconocimiento del responsable, es un indicador claro de un sistema mixto restaurativo y retributivo de justicia.

¿Por qué un enfoque mixto?

En contextos en los que una sociedad está en transición de un período caracterizado por atrocidades masivas, como en Colombia, la justicia restaurativa ofrece enfoques con el propósito de reconstruir el tejido social tanto a nivel individual como comunitario³². Esta puede acercar a la gente para responder a las necesidades de las víctimas mientras se potencia el reconocimiento en los responsables, de formas en las que los mecanismos ordinarios de justicia, con sus recursos limitados, normalmente no pueden. De la mano con los mecanismos de justicia transicional, la justicia restaurativa trabaja para reparar las graves violaciones a los derechos humanos, mientras promueve la sanación y crea espacio para un diálogo sobre las reformas estructurales e institucionales³³.

27 *Ibid.*, 156.

28 *Ibid.*, 157.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*, 166.

31 *Ibid.*, 165.

32 Véase “Restorative Justice and Reconciliation: Twin Frameworks for Peacebuilding,” (La Justicia Restaurativa y la Reconciliación: Marcos Gemelos para la Construcción de la Paz) de Jennifer J. Llewellyn y Daniel Philpott, en *Justicia Restaurativa, Reconciliación y Construcción de la Paz*, eds. Jennifer J. Llewellyn y Daniel Philpott (New York: Oxford University Press, 2014) (que explica que debido a su naturaleza relacional, los procesos de justicia restaurativa se centran en las relaciones entre las personas y son por ello ideales en situaciones transicionales); Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, Dejusticia, “Transitional Justice, Restorative Justice and Reconciliation: Some Insights from the Colombian Case” (La Justicia Transicional, la Justicia Restaurativa y la Reconciliación: Algunas Reflexiones sobre el Caso Colombiano) (2006), www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_55.pdf (que interpreta que los procesos de justicia restaurativa sólo funcionan frente a delitos a pequeña escala, pero reconoce que los dos procesos no se excluyen mutuamente y pueden complementarse en una nueva búsqueda de justicia por parte del gobierno, particularmente porque el principal objetivo de cada uno es la reconciliación).

33 Véase “Transitional Justice, Restorative Justice, and Reconciliation” (Justicia Transicional, Justicia Restaurativa, y Reconciliación) (2005), de Rodrigo Uprimny Yepes, María Paula Saffon Sanin, Dejusticia, <https://www.dejusticia.org/en/transitional-justice-restorative-justice-and-reconciliation/> (que describe la naturaleza de la justicia transicional aplicada en contextos excepcionales de transición) y Paul Seils, ICTJ, “El Lugar de la Reconciliación en la Justicia Transicional” (2017).

Históricamente y con frecuencia, los gobiernos han utilizado marcos puramente retributivos para buscar justicia, muy especialmente en el caso de los juicios llevados a cabo por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg contra los exlíderes nazis³⁴. Del mismo modo, en la ex-Yugoslavia, se priorizó la responsabilidad penal individual, enfocada en el castigo y la disuasión, dando como resultado numerosos procesos penales, primero a nivel internacional y más tarde, a nivel nacional³⁵. Con el tiempo, sin embargo, las sociedades en transición han avanzado hacia marcos judiciales restaurativo-transicionales, como en el ejemplo paradigmático de la Comisión para la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica³⁶.

No hay un único camino para abordar las heridas y divisiones que atraviesan las sociedades como resultado de un conflicto o un gobierno represivo. Dependiendo del contexto, las sociedades pueden priorizar (o secuenciar) procesos de justicia restaurativa o retributiva basados en los objetivos a alcanzar, la capacidad institucional y la voluntad del gobierno de abordar el pasado. Aunque, conceptualmente, la justicia restaurativa y retributiva parecen representar extremos de un espectro —en un extremo está el compromiso de rehabilitar mediante la reconciliación y, en el otro, el compromiso de responsabilizar mediante el castigo³⁷— la justicia transicional lleva consigo, desde el principio, un entendimiento más amplio de la justicia que tiene sus raíces tanto en la atribución de responsabilidad como en el reconocimiento de las víctimas y su derecho a la dignidad. Para alcanzar esos objetivos, las sociedades deben unirse con el propósito de abordar legados de atrocidad usando mecanismos de justicia transicional, como la persecución penal, el veto o depuración, las reparaciones, la reincorporación, la amnistía, la búsqueda de la verdad, reformas institucionales, o una combinación de esos mecanismos.

El tipo de medidas que se adopten y se pongan en marcha depende mucho de las circunstancias específicas nacionales. Perú, por ejemplo, enfatizó en afirmar la dignidad de las víctimas y las comunidades históricamente marginadas mientras creaba conciencia sobre el papel del Estado en el conflicto. De esta manera, entre 2001 y 2003, justo después del final de las casi dos décadas de conflicto, el mecanismo de justicia restaurativa del país, la Comisión para la Verdad y Reconciliación, trabajó para establecer la verdad sobre lo que ocurrió y sentar las bases de la reconciliación nacional mediante sus procesos de búsqueda de la verdad y las correspondientes audiencias públicas³⁸. Mientras tanto, los esfuerzos para llevar ante la justicia a Alberto Fujimori por los crímenes durante la “guerra sucia” del país avanzaban mucho más despacio³⁹.

34 Véase Brianne McGonigle Leyh, “Nuremberg’s Legacy Within Transitional Justice: Prosecutions are Here to Stay,” (El Legado de Núremberg dentro de la Justicia Transicional: Los Procesamientos están Aquí para Quedarse) *Washington University Global Studies Law Review* 15, 4 (2016): 559 (que afirma que los tribunales militares de Núremberg a raíz de la Segunda Guerra Mundial representan el principio de una era de procesos penales internacionales en contextos transicionales, aunque las soluciones puramente procesales a la justicia transicional no son los modos más efectivos para construir la paz).

35 *Ibid.*, 28 (que sugiere que la condena penal en la Corte Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia esperaba extenderse a programas penales nacionales, que se habían debilitado como resultado del conflicto). Véase también Elena Naughton, ICTJ, “Committing to Justice for Serious Human Rights Violations: Lessons from Hybrid Tribunals” (Comprometerse con la Justicia por Violaciones Graves de los Derechos Humanos: Lecciones de Tribunales Híbridos) (2018).

36 Véase “Truth and Reconciliation Commission”, (Comisión para la Verdad y Reconciliación) www.justice.gov.za/trc/ (que describe el trabajo de la comisión al permitir que los sudafricanos acepten su pasado, recopilen historias de la verdad y avancen hacia la reconciliación nacional). Véase también Rojas Andrade, *supra* nota 2, 219 (que discute los varios finales del castigo, incluyendo la retribución basada en la infracción, disuasión, y rehabilitación).

37 Véase Aaron P. Boesenecker y Leslie Vinjamuri, “Charting the Path of Justice in Peacebuilding,” en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, eds. Jennifer J. Llewellyn y Daniel Philpott (New York: Oxford University Press, 2014) (que establece que los dos tipos de fines para las naciones en transición son retributivo y restaurativo, aunque muchos procesos que trabajan hacia la justicia transicional se ubican en un punto intermedio).

38 Véase Hatun Willakuy, Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, “Versión abreviada del Informe Final de La Comisión de la Verdad y Reconciliación” (2004), 412 (que distingue entre niveles de reconciliación, incluye una dimensión política entre el Estado, la sociedad y los partidos políticos; una dimensión social, que se refiere a las instituciones y la sociedad civil; y una dimensión interpersonal a nivel comunitario).

39 El Congreso de Perú y el fiscal general actuaron rápidamente para imputar al expresidente Fujimori por crímenes de lesa humanidad y levantar su inmunidad. Sin embargo, la orden de arresto que se había emitido contra él sólo se activó

Por su parte, Sierra Leona reconoció que la marginación de la juventud tuvo un papel importante en la guerra. Por esa razón, su Comisión de la Verdad y la Reconciliación enfatizó en el empoderamiento de la juventud y abordó sus experiencias como excombatientes por medio de audiencias especiales para niños⁴⁰. Por separado, el Tribunal Especial para Sierra Leona presentó cargos contra aquellos que tenían una mayor responsabilidad por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, y otras violaciones al derecho internacional humanitario o delitos graves según la ley de Sierra Leona⁴¹. En Túnez, donde un gobierno de transición tuvo que enfrentarse al legado de autoritarismo y represión en lugar de un conflicto armado, la Comisión de la Verdad y Dignidad del país fue la encargada de investigar la corrupción, los crímenes económicos y el fraude electoral, además de las violaciones de los derechos humanos⁴².

Gran parte del éxito de los procedimientos de justicia restaurativa en un contexto de justicia transicional está relacionado con la naturaleza del conflicto y con la eficacia e imparcialidad de los mecanismos puestos en marcha para abordar el legado de esos conflictos. En su mayoría, los conflictos pueden dividirse en conflictos horizontales, como guerras civiles entre comunidades rivales, y conflictos verticales, en los cuales los que están en el poder declaran la guerra a los ciudadanos. Cuando un conflicto horizontal termina, el gobierno debe llenar el vacío social que deja la desmovilización de los actores armados, de modo que se promueva una cultura que respete el Estado de derecho⁴³. Esto es particularmente así en sociedades en las que era aceptable resolver los conflictos de manera violenta⁴⁴.

Los esfuerzos de Ruanda para alcanzar un balance entre responsabilidad y reconciliación de cara al genocidio ilustran los inmensos retos a los que se enfrentan los países como resultado de los conflictos horizontales. Ruanda desarrolló tribunales comunitarios, conocidos como *gacaca* que pretendían llevar a los responsables ante la justicia, revelar la verdad y trabajar por la reconciliación⁴⁵. Estos tribunales operaban en paralelo a las cortes nacionales y al Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En determinadas circunstancias, podían dictar sentencias reducidas para los

tras dejar Japón, donde había estado viviendo en el exilio, y viajar a Chile de donde terminó siendo extraditado. En 2009, Fujimori fue finalmente condenado por violaciones a los derechos humanos y sentenciado a 25 años en prisión, aunque nunca cumplió la condena completa.

40 Ibid.

41 Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, enero 16 de 2002. Adicionalmente, independiente de la comisión y de la corte especial, el gobierno, como parte de su programa de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) proporcionó paquetes de reintegración y capacitación técnica para los antiguos soldados, con el apoyo de la comunidad internacional y de la sociedad civil. Véase Mohamed Gibril Sesay y Mohamed Suma, ICTJ, "Transitional Justice and DDR: The Case of Sierra Leone" (2009).

42 Véase Sumaya Almajdoub, Maydan, "Transitional Justice in Tunisia: Challenges and Opportunities" (Justicia Transicional en Túnez: Retos y Oportunidades) (May 29, 2017), www.themaydan.com/2017/05/transitional-justice-tunisia-challenges-opportunities/ (que explica que la transición de Túnez es innovadora porque conceptualiza la justicia transicional en líneas generales para abordar la corrupción y las necesidades económicas de la nación y las regiones del país marginadas por la dictadura).

43 Véase Uprimny y Saffon, supra nota 92, 9 (que establece el uso de marcos de justicia restaurativa en situaciones que han creado vacíos de control social). En lo concerniente a contextualizar el conflicto de Colombia, los historiadores difieren al entenderlo como horizontal o vertical. A pesar de ser una guerra civil, muchos historiadores argumentaron que el conflicto es de hecho vertical, debido al uso ilegítimo de la violencia del Estado contra sus ciudadanos. De hecho, quizás Colombia deba mejor clasificarse como un conflicto horizontal y vertical. Véase Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas de Colombia, "Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia" (Febrero 2015) (que esboza la historia del conflicto colombiano y afirma que la violencia no sólo ocurre en un nivel comunitario horizontal, sino también en uno vertical, institucionalizado).

44 Véase Fabio Andrés Díaz y Magda Jiménez, "Colombia's Murder Rate is at an All-Time Low but its Activists Keep Getting Killed," (La Tasa de Asesinatos en Colombia está en un Mínimo Histórico pero sus Activistas Siguen Siendo Asesinados) *The Conversation*, (La Conversación) 6 de abril de 2018, www.google.com/amp/s/theconversation.com/amp/colombias-murder-rate-is-at-an-all-time-low-but-its-activists-keep-getting-killed-g16o2 (que sugiere que una violencia continuada contra los activistas nace de una historia de recurrir a la violencia para resolver conflictos, junto a un vacío de control que aún debe ser llenado por el gobierno de Colombia como parte del proceso de paz tras la desmovilización de los actores armados).

45 Véase Human Rights Watch, "Justice Compromised: The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts" (La Justicia en Peligro: El Legado de las Cortes Gacaca Basadas en la Comunidad en Ruanda) (2011), www.hrw.org/report/2011/05/31/justice-compromised/legacy-rwandas-community-based-gacaca-courts (que describe el uso de los tribunales Gacaca de Ruanda basados en la comunidad como parte de su proceso de justicia transicional).

responsables que confesaran sus crímenes⁴⁶, así como exigirles que realizaran servicio comunitario. Diseñados para ser una forma de justicia comunitaria, los tribunales gacaca pretendían ser más participativos.

Sin embargo, Ruanda luchó por conseguir esos objetivos ante un número abrumador de casos y la escasez de recursos. Aunque finalmente se establecieron más de 11.000 tribunales gacaca para enjuiciar a más de un millón de personas, la mayoría sospechosos de menor nivel que fueron acusados de genocidio⁴⁷, la participación en los tribunales disminuyó con el tiempo⁴⁸ y su impacto en la reconciliación continúa debatiéndose⁴⁹. Además, los tribunales gacaca padecieron deficiencias procesales, que incluyeron falta de pericia legal entre los magistrados y falta de debido proceso para los acusados⁵⁰.

Los países en recuperación de conflictos verticales han luchado del mismo modo para enfrentarse al legado de atrocidades pasadas mientras intentaban reconstruir las relaciones sociales rotas. Tras la caída del Muro de Berlín, naciones como Alemania y otros países en Europa Central y del Este, que priorizaron la rendición de cuentas y el cese del militarismo, promulgaron leyes de depuración e investigación para remover de sus puestos a los empleados públicos implicados en violaciones de los derechos humanos⁵¹. Aunque estos procesos ayudaron a eliminar las ideologías militaristas de las instituciones políticas, no pretendían aclarar responsabilidades por los crímenes e hicieron poco para que la causa de la verdad avanzara. En su lugar, como procesos administrativos, simplemente evaluaron la idoneidad de los individuos en cuestión para desempeñarse en los puestos oficiales que ocupaban⁵².

En contraste, Sudáfrica tuvo que responder a conflictos horizontales y verticales, en los que el apartheid se perpetuaba por parte de las instituciones y también por miembros de la comuni-

46 Capítulo IV (Penas), Ley Orgánica No. 08/96 de 30 de agosto de 1996 sobre la Organización de Juicios por Delitos constituyentes de Delito de Genocidio o Crímenes de Lesa Humanidad cometidos desde octubre 1 de 1990.

47 Véase, por ejemplo, Ley Orgánica No. 08/96 de agosto 30 de 1996 sobre la Organización de Juicios por Delitos constituyentes de Delito de Genocidio o Crímenes de Lesa Humanidad cometidos desde 1 de octubre de 1990. La ley de genocidio de Ruanda categoriza a los sospechosos en grupos basados en su posición o delito. La categoría 1 incluía a aquellos que planearon, organizaron, instigaron, supervisaron y lideraron el genocidio; aquellos que actuaron desde posiciones de poder; y aquellos que cometieron asesinatos notorios o actos de tortura sexual. La categoría 2 incluía a los que cometieron homicidio intencionado. La categoría 3 eran aquellos que asesinaron o infligieron daño físico sin intención de matar. La categoría 4 incluía a aquellos que cometieron delitos contra la propiedad.

48 De hecho, en última instancia el gobierno comenzó a imponer la participación, un movimiento que hizo poco para fomentar la reconciliación. Véase Human Rights Watch, "Justice Compromised: The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts" (La Justicia en Peligro: El Legado de las Cortes Gacaca Basadas en la Comunidad en Ruanda) (2011).

49 Lars Waldorf, ICTJ, "Transitional Justice and DDR: The Case of Rwanda" (La Justicia Transicional y DDR: El Caso de Ruanda) (2009).

50 Véase Charlotte Clapham, "Gacaca: A Successful Experiment in Restorative Justice?" (Gacaca: ¿Un Experimento Exitoso en Justicia Restaurativa?) *E-International Relations Students*, 30 de julio de 2012, www.e-ir.info/2012/07/30/gacaca-a-successful-experiment-in-restorative-justice-2/ (Se ocupa de los éxitos y fracasos de los Tribunales dGacaca de Ruanda); Megan M. Westberg, "Rwanda's Use of Transitional Justice After Genocide: The Gacaca Courts and the ICTR," *University of Kansas Law Review* 59, 2 (2010): 331 (analiza los tribunales Gacaca en Ruanda como una herramienta hacia la justicia transicional).

51 Véase Christina Binder, Universidad de Viena, "Introduction to the Concept of Transitional Justice" (Introducción al Concepto de Justicia Transicional) (Noviembre 2003), www.bundesheer.at/pdf_pool/publikationen/transitional_justice_sr_11_2013_03_c_binder.pdf (que discute los procedimientos de investigación como parte de sus procesos de transición). Carlos Closa Montero, Unión Europea, "Study on How the Memory of Crimes Committed by Totalitarian Regimes in Europe Is Dealt with in the Member States" (Estudio sobre Cómo los Estados Miembros se enfrentan al Recuerdo de los Crímenes Cometidos por Regímenes Totalitarios en Europa) (2014), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a47f10b9-405e-48b7-b406-fb758819a5e8>.

52 Véase Timothy Garton Ash, *Monuments to Transformation*, "Trials, Purges, and History Lessons," (Monumentos a la Transformación, "Juicios, Depuraciones y Lecciones de Historia") en *Atlas of Transformation* (Atlas de Transformación) (consultado por última vez el 10 de julio de 2018, 4:33pm), <http://monumenttotransformation.org/atlas-of-transformation/html/h/history/trials-purges-and-history-lessons-timothy-garton-ash.html> (que describe los elementos del proceso de paz alemán, incluyendo sus juicios y procedimientos de depuración, como reflejo de la justicia del vencedor).

dad⁵³. La Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica recopiló un increíble relato de la verdad⁵⁴. También ayudó a alcanzar el perdón y la catarsis para muchos de los participantes, incluyendo, por ejemplo, los padres de la activista antiapartheid Amy Biehl, que perdonaron a los asesinos de su hija y crearon un fondo en nombre de ella⁵⁵. Mientras este proceso restaurativo era una herramienta poderosa para resolver el conflicto horizontal del país, dejaba un poco que desear respecto a su manera de ocuparse del conflicto vertical, institucional. Hasta hoy, persisten las disparidades económicas resultantes de las políticas del apartheid, y la comisión hizo poco para cambiar las dinámicas de poder nacionales y locales que sostenían dichas políticas del apartheid desde el principio⁵⁶. Aunque los procesos de justicia restaurativa de Sudáfrica se ocupaban efectivamente del conflicto horizontal entre víctimas y responsables, desafortunadamente no se centró en reparaciones transformadoras que se hubieran ocupado del conflicto vertical. Hace sólo poco tiempo, Sudáfrica ha comenzado a perseguir los delitos de la era del apartheid, tras años de inmensos esfuerzos y litigios estratégicos⁵⁷.

Dados los múltiples retos a los que se enfrentan las sociedades en transición de conflicto o represión, las tensiones sobre qué priorizar y cuándo hacerlo surgen inevitablemente. Los objetivos nacionales con frecuencia divergen de los de la comunidad internacional, que tiende a priorizar el castigo retributivo sobre la reintegración y los procesos restaurativos. Esta tensión es evidente en lugares como Uganda, donde los intentos nacionales de conseguir una disculpa, perdón y reintegración por medio de los rituales tradicionales y la amnistía no han igualado los esfuerzos internacionales para que los responsables rindan cuentas. Aunque Uganda fue el primer Estado monopartidista en recurrir a la Corte Penal Internacional, sus relaciones con la Corte han sido, en el mejor de los casos, un poco ambiguas: en parte cooperativas, en parte obstruccionistas. En el ámbito doméstico, la División de Crímenes Internacionales del Tribunal Supremo de Uganda, que es responsable de juzgar a los responsables de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, en cualquier caso, aún está por emitir un veredicto⁵⁸.

53 Véase Michelle Parlevliet, "Icebergs and the Impossible," (Los Icebergs y lo Imposible) en *Human Rights and Conflict Resolution in Context: Colombia, Sierra Leone, and Northern Ireland, (Derechos humanos y Resolución de Conflictos en Contexto: Colombia, Sierra Leona e Irlanda del Norte)* eds. Eileen F. Babbit y Ellen L. Lutz (Nueva York: Syracuse University Press, 2009) (que describe cómo el apartheid en Sudáfrica ocurrió tanto en relaciones horizontales o entre comunidades, como verticales o institucionales).

54 Véase Roman David, "In Exchange for Truth: The Polish Lustrations and the South African Amnesty Process," (A cambio de la verdad: Las Depuraciones Polacas y el Proceso de Amnistía en Sudáfrica) *South African Journal of Political Studies (Revista Sudafricana de Estudios Políticos)* 33, 1 (2006): 81-99

55 Véase Marianne Thamm, "Amy Biehl and Her Killers' Gift to South Africa: The Enduring Power of Restorative Justice," (Amy Biehl y el regalo de sus Asesinos a Sudáfrica: El Poder Permanente de la Justicia Restaurativa) *Daily Maverick*, julio 29, 2015, www.dailymaverick.co.za/article/2015-07-29-amy-biehl-and-her-killers-gift-to-south-africa-the-enduring-power-of-restorative-justice/. Véase Laura McLeod, *Beyond Intractability, "Reconciliation through Restorative Justice: Analyzing South Africa's Truth and Reconciliation Process"* (Más allá de la Insolubilidad, "La Reconciliación mediante la Justicia Restaurativa: Analizando la Verdad de Sudáfrica y el Proceso de Reconciliación") (2015), www.beyondintractability.org/library/reconciliation-through-restorative-justice-analyzing-south-africas-truth-and-reconciliation

56 Véase Peter Goodman, "End of Apartheid in South Africa?" (¿El Final del Apartheid en Sudáfrica?) *Not in Economic Terms*, (No en Términos Económicos) *New York Times*, 24 de octubre de 2017, www.nytimes.com/2017/10/24/business/south-africa-economy-apartheid.html?mtrref=www.google.com&gwh=EB3CB53CD3514FBF170F77FBC952BEC3&gwt=pay (estableciendo que el apartheid y sus estructuras institucionales aún existen).

57 ICTJ, "In South Africa, a Ruling in an Apartheid-era Murder Case Opens Paths to Justice" (En Sudáfrica, una Sentencia en el Caso de la Era del Apartheid Abre Caminos para la Justicia). 29 de noviembre de 2017, www.ictj.org/news/south-africa-apartheid-era-murder-justice.

58 Véase Kylie Pearce, Universidad de Monash, "The Success and Challenges of Transitional Justice in Sierra Leone," (El Éxito y los Retos de la Justicia Transicional en Sierra Leona), 1 de agosto de 2012, www.monash.edu/law/research/centres/castancentre/public-events/events/2012/sierra-leone (que denuncia, que en su discurso, Emmanuel Saffa Abdulai, el fundador de la Sociedad para las Iniciativas Democráticas, lamentaba la tensión entre la Corte Especial y la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, llevando a una efectividad reducida para ambas entidades); Jennifer J. Llewellyn y Daniel Philpott, "Introduction," en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding, (Justicia Restaurativa, Reconciliación y Construcción de la Paz)* eds. Jennifer J. Llewellyn y Daniel Philpott (Oxford, UK: Oxford University Press, 2014) (que destaca el debate en Uganda entre la Iniciativa para la Paz de los Líderes Religiosos Acholi, que apoyaba el Acto de Amnistía del 2000 y los rituales tradicionales hacia la integración y la restauración, y la Corte Penal Internacional, que creía que la responsabilidad era el ingrediente esencial para la paz).

Con todo, aun cuando los actores domésticos e internacionales pueden fijarse diferentes prioridades respecto a la justicia para las sociedades en transición, ello no merma el importante papel que pueden tener y que han tenido enfoques tanto restaurativos como retributivos, al proporcionar a las víctimas una medida de verdad y de justicia en lugares donde, de otro modo, habrían tenido poco o ningún acceso a un recurso.

Colombia adoptó un enfoque mixto en la justicia penal para los delitos relacionados con el conflicto sólo después de reflexionar profundamente sobre experiencias comparadas de procesos de justicia transicional y sobre las lecciones aprendidas de los enfoques puramente retributivos o principalmente restaurativos. En relación con los enfoques puramente retributivos, algunos estudios indican que los tribunales penales convencionales (ya sean domésticos, internacionales o híbridos) han demostrado tener poco efecto positivo en la verdad y en la reconciliación porque el fantasma de la responsabilidad penal disuade a los responsables de reconocer su responsabilidad y participar en procesos de búsqueda de la verdad y en otros procesos de justicia transicional⁵⁹. De igual manera, es posible que las víctimas participen en menor medida en tribunales penales porque sufren un riesgo mayor de intimidación y daño físico, debido a que sus testimonios pueden resultar en la encarcelación de los responsables⁶⁰. Además, los mecanismos procesales actuales y el diseño de los tribunales penales pueden simplemente dejar menos espacio para que las víctimas participen en los procesos de justicia transicional de lo que permitiría un enfoque restaurativo de justicia⁶¹. Los tribunales penales y su énfasis en las pruebas forenses también crean una atmósfera hostil que es inadecuada para que víctimas y responsables compartan sus historias, e incrementan el riesgo de retraumatización⁶². Deficiencias como estas, de un enfoque puramente retributivo de la justicia, con regularidad fomentan la solicitud de más prácticas restaurativas.

Pero de la misma manera en que un enfoque retributivo de la justicia tiene sus desventajas, también puede tenerlas uno puramente restaurativo. Hay quienes argumentan que el énfasis de la justicia restaurativa en la reconciliación “sobredetermina los resultados”, en otras palabras, el *objetivo* de la reconciliación se convierte en una *exigencia de reconciliación*⁶³. Además, un sistema restaurativo de justicia más puro parece asumir que los responsables y las víctimas desean o son capaces de unirse en solidaridad y reconciliarse⁶⁴. Un proceso basado únicamente en justicia restaurativa no necesariamente lleva al tipo de cambios en las estructuras de poder necesarios para transformar una cultura política y social de represión y violencia. En ausencia de sanciones retributivas, aquellos en el poder probablemente permanecerán en él, y muchas víctimas probablemente sentirán que los responsables se libran con facilidad sin pagar un precio real por los crímenes que cometieron. En cambio, responsabilizar a los que desde el poder planearon, ordenaron, o permitieron la comisión de graves crímenes, mediante un procedimiento de justicia retributiva, podría llevar a un mayor respeto por los estándares de los derechos humanos del que se conseguiría aplicando mecanismos de justicia restaurativa⁶⁵. Por último, muchos miembros de

59 Martina Fischer y Olivera Simic, eds., *Transitional Justice and Reconciliation: Lessons from the Balkans (Justicia Transicional y Reconciliación: Lecciones de los Balcanes)*, (Nueva York: Routledge, 2015), p. 276.

60 Ibid.

61 Ibid.

62 Ibid.

63 Francois du Bois y Antje du Bois-Pedain, eds., *Justice and Reconciliation in Post-Apartheid South Africa (Justicia y Reconciliación en la Sudáfrica Post-Apartheid)* (Nueva York: Cambridge University Press, 2008), p. 697.

64 Rodrigo Uprimmy, DeJusticia, “Transitional Justice, Restorative Justice, and Reconciliation: Some Insights from the Colombian Case” (Justicia Transicional, Justicia Restaurativa, y Reconciliación: Algunas Reflexiones del Caso Colombiano) (2017), www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_55.pdf. p.10

65 Ibid., 16.

la sociedad sencillamente ven los procesos de justicia restaurativa como menos legítimos que los retributivos⁶⁶.

Un enfoque mixto restaurativo-retributivo a la justicia penal es muy prometedor en contextos de justicia transicional⁶⁷. Los elementos restaurativos de dicho enfoque con frecuencia permiten una participación mayor y más activa de víctimas y responsables de lo que lo hace un modelo puramente retributivo. Por ejemplo, la perspectiva de sanciones restaurativas a cambio del completo reconocimiento de responsabilidad del responsable puede fomentar la participación activa de un modo en que el modelo exclusivamente retributivo no puede. Por otro lado, al mantener elementos de los procesos de justicia retributiva, un enfoque mixto puede estar mejor equipado para enfrentarse al conflicto vertical y puede disuadir de modo más efectivo a esos responsables que están en posiciones de poder⁶⁸, mientras satisface también los estándares internacionales de debido proceso y el castigo por graves crímenes. Asimismo, al someter a esos responsables que no reconocen su responsabilidad a procesos de justicia puramente retributiva puede demostrarse al público en general que un proceso de justicia transicional combate la impunidad (o al menos no equivale a impunidad)⁶⁹. Idealmente, un enfoque mixto usará ambos elementos, de justicia restaurativa para conseguir la sanación social, animando a los responsables a reconocer activamente su responsabilidad y a las víctimas a participar plenamente en los procesos, y a los componentes de la justicia retributiva para ocuparse de los problemas del poder estructural.

66 *The Economist*, "Saving Colombia's Peace," (Salvando la Paz de Colombia) 6 de octubre de 2016, www.economist.com/leaders/2016/10/06/saving-colombias-peace.

67 Aunque un sistema híbrido es novedoso en el contexto de la victimización masiva, en reuniones con el ICTJ el Profesor Braithwaite afirmó que cada vez existe mayor evidencia empírica de la eficacia de un enfoque híbrido, si bien en lo referente a la responsabilidad individual en contextos de mucha menor escala.

68 Véase Uprimmy, supra nota 67, 10.

69 Véase "Veremos qué pasa en la Corte Constitucional: Santos sobre modificaciones a la JEP," *Semana*, 27 de junio de 2018, www.semana.com/nacion/articulo/santos-sobre-modificaciones-a-procedimiento-de-la-jep/573300 (que afirma que los cambios a la Ley de Procedimiento de la JEP fueron propuestos por la administración del partido actual, el Partido Centro Democrático). Esos cambios fueron los que, tras una campaña que prometía cambios radicales en la JEP basados en la suposición de que el Acuerdo para la Paz favorecía la impunidad frente a la justicia, limitaron las competencias de la JEP sobre extradición y paralizaron los casos de ex-miembros del ejército hasta la creación de su sala propia especial dentro de la JEP. Véase Adriaan Alsema, "How Colombia's New Government Plans to Strangle the Country's Peace Process," (Cómo el Nuevo Gobierno de Colombia Planea Estrangular el Proceso de Paz del País) *Colombia Reports*, 28 de junio de 2018, <https://colombiareports.com/how-duque-wants-to-shred-colombias-peace-process-to-pieces/> (que sugiere que el gobierno de Duque intenta reducir el papel de las víctimas en el proceso de paz, destituir de sus puestos políticos a miembros de las FARC que han cometido delitos y ofrecer inmunidad a los miembros del ejército). Alsema cita no sólo Duque, sino también sus aliados políticos como Paloma Valencia, en un intento de desmantelar así los elementos del acuerdo de paz.

CAPÍTULO 2: Retos generales de la justicia restaurativa

Si bien el Acuerdo Final reclama procedimientos mixtos de justicia penal para los delitos relacionados con el conflicto armado, consistentemente enfatiza en la necesidad de enfoques restaurativos en la justicia transicional. Por lo tanto, vale la pena observar algunos de los retos generales que pueden surgir al emplear mecanismos de justicia restaurativa en un contexto de justicia transicional.

Retos relacionados con las víctimas

Si bien el Acuerdo Final contempla medidas restaurativas que coloquen los derechos de las víctimas en el centro de los procesos de la JEP⁷⁰, dichas medidas de justicia restaurativa, en sí mismas, pueden generar varios retos potenciales en relación con las víctimas. Por un lado, el discurso de la justicia restaurativa normalmente supone poner a las víctimas en el centro del proceso, sin embargo, a veces no se les da oportunidad de participar en los mecanismos de justicia restaurativa⁷¹. De este modo, a pesar de su intención de garantizar la participación de las víctimas, a veces ocurre que dichas prácticas “roban el conflicto” a las víctimas, del mismo modo que los sistemas de la justicia penal podrían hacerlo⁷². Dicho esto, no puede asumirse que las víctimas quieran participar en los procesos de justicia restaurativa: puede ser que prefieran delegar esa tarea a otras personas, ya sean otras víctimas, organizaciones de víctimas o los abogados de las víctimas⁷³.

Del mismo modo que ocurre en circunstancias ordinarias de justicia penal, la victimización masiva en escenarios de postconflicto plantea el problema de la representación de la víctima⁷⁴. La gran cantidad de víctimas y responsables, unida a los limitados recursos, hacen imposible facilitar encuentros entre cada víctima y el responsable⁷⁵. Por lo tanto, un riesgo de usar mecanismos de justicia restaurativa como respuesta a la victimización masiva es que se perpetúen los sentimientos de invisibilidad de las víctimas. Del mismo modo, no es posible ni deseable res-

70 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 154.

71 Gerry Johnstone, “Restorative Justice for Victims: Inherent Limits?” (Justicia Restaurativa para las Víctimas: ¿Límites Inherentes?) *Restorative Justice* 5, 3 (2017): 387.

72 Nils Christie, “Conflicts as Property,” (Los Conflictos como Propiedad) *British Journal of Criminology* 17, 1 (1977): 7.

73 Véase Johnstone supra nota 74, 391.

74 Este problema también está relacionado con el debido proceso, que se retoma en el Capítulo 2.

75 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 167, Artículo 48o (que reconoce tal problema al exigir a la JEP que se centre en los delitos más representativos).

tablecer completamente el estatus quo a las víctimas, tal y como estaban antes del conflicto, ya que la vulnerabilidad que experimentaban en ese momento pudo haber sido realmente una de las razones de su victimización. En este sentido, desde una perspectiva de justicia estrictamente retributiva, las prácticas de justicia restaurativa normalmente ofrecerán una compensación insuficiente a las víctimas⁷⁶.

También es importante tener en cuenta que, a pesar de sus objetivos de sanación, los procesos de justicia restaurativa, aún, pueden llevar a la retraumatización de las víctimas y a que estas sientan que se les trata injustamente. Recibir atención psicosocial a largo plazo y preparación experta para cualquier interacción con los responsables es esencial para las víctimas. Aun cuando tanto la atención como la preparación son cruciales en cualquier procedimiento penal, lo son de manera especial en un proceso de justicia restaurativa, ya que la naturaleza y duración de los encuentros entre víctimas y responsables pueden ser incluso más exigentes. Sobre todo, si los procesos de justicia restaurativa son en gran medida desencadenados por la intervención de los responsables o de las organizaciones que trabajan con ellos, entonces las víctimas pueden ciertamente sentir que no son el foco de estos procesos, que están recibiendo un trato menos preferencial y que los procesos responden principalmente a las necesidades de los responsables⁷⁷. Las víctimas del conflicto armado pueden sentir ya que su gobierno las ha abandonado, y los procesos de justicia restaurativa pueden consolidar más este sentimiento si fracasan, al tratarlas en términos igualitarios en relación con los responsables.

Retos relacionados con los responsables

Un sistema de justicia restaurativa será probablemente un fracaso si no trata a los responsables con la misma dignidad que ofrece a las víctimas. Como las víctimas, los responsables también necesitan atención psicosocial a largo plazo, y dicha atención está contemplada en el Acuerdo Final⁷⁸. Asimismo, es esencial preparar adecuadamente a los responsables para cualquier encuentro con las víctimas. Dicha preparación no es sólo crucial para la salud psicosocial de los responsables, sino también para la de las víctimas, ya que puede ayudar a prevenir que estos retraumatizan a las víctimas⁷⁹. Finalmente, los mecanismos de justicia restaurativa no deben estigmatizar a los responsables. En cambio, deberían centrarse en lo vergonzoso de sus acciones y ofrecer medios para que los responsables, al reconocer activamente su responsabilidad por los crímenes que cometieron, puedan demostrar su deseo de reintegrarse a una sociedad donde dichos abusos ya no son aceptables⁸⁰. Los procesos de justicia restaurativa también pueden suscitar algunas preocupaciones relacionadas con el debido proceso de los responsables, que se discutirán en mayor detalle al cierre de este capítulo.

Retos relacionados con los magistrados

Víctimas y responsables no son, por supuesto, los únicos actores en los procesos judiciales: los magistrados también tienen un papel fundamental y se enfrentan a retos. En los procesos penales más tradicionales, los magistrados son los guardianes de los hechos, los expertos procesales

76 Darren Bush, "Law and Economics of Restorative Justice: Why Restorative Justice Cannot and Should Not Be Solely about Restoration," (Derecho y Economía de la Justicia Restaurativa: Por Qué la Justicia Restaurativa No Debe Ocuparse Sólo de la Restauración) *Utah Law Review* 2003, 1 (2003): 459.

77 *Ibid.*

78 Véase Acuerdo Final, *supra* nota, 77.

79 El Capítulo 4 explora este asunto en mayor profundidad.

80 John Braithwaite, "Shame and Criminal Justice," (La Vergüenza y la Justicia Penal) *Canadian Journal of Criminology* (Revista Canadiense de Criminología) 42, 3 (2000): 282.

y los juzgadores. Sin embargo, la justicia restaurativa tiene cuidado de no conferir un papel tan central a los magistrados⁸¹. Los magistrados pueden estar tentados a actuar como mediadores en encuentros de justicia restaurativa; sin embargo, cualquier encuentro de justicia restaurativa entre víctima y responsable debe ser facilitado por expertos de la justicia restaurativa que no ocupen ningún otro puesto en los procesos institucionales en los que participen las mismas partes. Estos expertos puede que no tengan ninguna experiencia con crímenes atroces. El profesor Adolfo Ceretti explica que los magistrados son “equidistantes” a responsables y víctimas, queriendo decir que son *imparciales*, mientras que los mediadores de la justicia restaurativa son “equipróximos”, queriendo decir que son *igualmente atentos* a los responsables y a las víctimas⁸². En este sentido, el magistrado no puede actuar como mediador porque, legalmente, se le requiere mantener la imparcialidad y tomar decisiones que después se imponen a las partes. Ceretti señala que el trabajo del mediador no es de hecho tratar a los participantes de modo imparcial, sino asegurar que se ayuda a cada participante de igual modo a lo largo de su viaje restaurativo y reparador⁸³. Por ejemplo, un mediador puede tener que confortar a los responsables, hacerles saber que son valorados y tienen dignidad, para facilitar el proceso de justicia restaurativa. Los magistrados, sin embargo, no podrían desempeñar ese papel sin comprometer su propia imparcialidad.

Los magistrados también se enfrentan a retos sobre cómo incorporar de la mejor manera a grupos dispares en los procesos. Este reto se manifiesta en formas distintas. El Acuerdo Final puede requerir, acertadamente, que los mecanismos de justicia restaurativa hagan todos los esfuerzos por incluir grupos indígenas y tener un enfoque territorial y de género al implementar el SIVJRNR⁸⁴. Pero, al mismo tiempo, los magistrados reciben muy poco asesoramiento sobre cómo lograr ese objetivo. Para complejizar aún más las cosas, la literatura de la justicia restaurativa con frecuencia vincula justicia restaurativa con justicia tradicional o indígena, asumiendo que la incorporación de una práctica local o indígena implicará necesariamente un proceso de justicia restaurativa⁸⁵. En conjunto, los magistrados de la JEP se enfrentan a un reto enorme: llevar a cabo procedimientos integrales de justicia restaurativa y retributiva que tengan en cuenta e incluyan a los diferentes grupos de víctimas y responsables implicados, respondan a las necesidades de las comunidades afectadas por los crímenes en los diferentes territorios y tengan un enfoque que sea sensible a los temas de género y a las culturas de los diferentes grupos. En ese

81 Susan M. Olson y Albert W. Dzur. “Reconstructing Professional Roles in Restorative Justice Programs,” (Reconstruyendo los Roles Profesionales en los Programas de Justicia Restaurativa) *Utah Law Review*, 2003, 1 (2003): 64.

82 Adolfo Ceretti, “Restorative Justice in the JEP” (La Justicia Restaurativa en la ICTJ) Conferencia para la Justicia Restaurativa del ICTJ, Bogotá, junio 2019.

83 *Ibid.*

84 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 136. La multitud de víctimas que dejó el conflicto armado de Colombia incluye víctimas de desplazamiento forzado, asesinato, desapariciones forzadas, secuestro, violencia sexual, reclutamiento de niños y niñas y tortura. Son víctimas de sistemas mayores de desigualdad, tanto de recursos como de poder, que permitieron que el conflicto floreciera como lo hizo. Los afectados en su mayoría por el conflicto reflejan esta desigualdad; son niños y adolescentes, agricultores, indígenas, afro-colombianos y mujeres. Los números son abrumadores: 7,5 millones de personas víctimas de desplazamiento forzado interno, hasta 220.000 asesinados y al menos 80.000 desaparecidos. De hecho, alrededor del 80 por ciento de aquellos que murieron por el conflicto eran civiles. Pero las víctimas del conflicto armado de Colombia no sólo eran civiles. También se encontraban los involucrados en el conflicto armado, niños y adolescentes reclutados como soldados y miembros de la causa que no sólo estaban afectados por las desigualdades socioeconómicas, sino que también se les negó su participación mediante la exclusión política. Véase Joel Gillin, “Understanding the Causes of Colombia’s Conflict: Inequality” (Comprendiendo las Causas del Conflicto Colombiano: La Desigualdad), *Colombia Reports (Informes de Colombia)*, January 7, 2015, <https://colombiareports.com/understanding-colombias-conflict-inequality/>.

85 William R. Wood y Masahiro Suzuki, “Four Challenges in the Future of Restorative Justice” (Cuatro Retos en el Futuro de la Justicia Restaurativa), *Victims and Offenders (Víctimas e Infractores)* 11, 1 (2016): 158. Véase Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice (El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa)* (Intercourse, PA: Good Books, 2015), 29. Para varios grupos indígenas (Maorí, Navajo, muchos grupos étnicos africanos y budistas tibetanos) el mal representa una herida a la comunidad, un desgarrar a la red de relaciones. Véase Daniel W. Van Ness y Karen Heetderks Strong, *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice (Restaurar la Justicia: Una Introducción a la Justicia Restaurativa)*, Quinta Edición (Waltham, MA: Anderson Publishing, 2015), 3-6.

sentido, los magistrados de la JEP son llamados a desarrollar un sistema sin precedentes en las experiencias de justicia transicional del resto del mundo.

Retos relacionados con las comunicaciones

La justicia restaurativa presenta muchos retos desde un punto de vista comunicativo. Uno de estos retos es la propia definición de justicia restaurativa. Si el término no puede definirse correctamente entonces no puede comunicarse su valor. Unido a este reto está el déficit de legitimidad. Es decir, cuando no se puede convencer a una sociedad de los méritos de la justicia restaurativa porque muchos de sus miembros favorecen en su lugar la retributiva⁸⁶. Abrir al público en general y difundir las audiencias de ciertos casos en los que los responsables reconocen su responsabilidad puede ocuparse de modo efectivo de este déficit de legitimidad. Al mismo tiempo, la publicidad puede tener un resultado adverso y socavar la credibilidad del proceso. Además, no es para nada fácil decidir si las audiencias deberían hacerse públicas y cuáles. Ahora bien, las víctimas del conflicto armado pueden ser escépticas respecto a los procesos de justicia restaurativa porque puede que no se vean a sí mismas como víctimas de un trauma que pueden beneficiarse de estos procesos, sino simplemente como personas cuyos derechos han sido vulnerados y que tienen derecho a la justicia en forma de retribución contra los responsables⁸⁷.

Hay también varios retos específicos relacionados con el modo en el que los actores e instituciones directamente implicados en los procesos judiciales se comunican con los medios y el público en general. La experiencia del postconflicto de los Balcanes y el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia demuestran la necesidad de preparar desde el principio a los magistrados en contextos de justicia transicional sobre cómo comunicarse con los medios de manera efectiva⁸⁸. Dicha preparación debería ayudar a las instituciones que operan en estos contextos a tener cuidado de no difundir exclusivamente un tipo de víctima o de responsable o de caso⁸⁹. Los magistrados y las instituciones deberían también tener cuidado de no hablar sobre su trabajo de un modo que pueda retraumatizar a las víctimas, especialmente en casos de violencia sexual o aquellos que involucran a comparecientes que no reconocen su responsabilidad⁹⁰.

Retos relacionados con el debido proceso

Los procedimientos de justicia restaurativa de la JEP despiertan varias preocupaciones relativas al debido proceso y los principios de presunción de inocencia, el derecho a no auto incriminarse y el derecho a no tener un doble enjuiciamiento⁹¹. Cuando los beneficios de un proceso de justicia restaurativa son ofrecidos a los responsables, a condición de que reconozcan su responsabilidad⁹², no aplica el principio de presunción de inocencia. Además, como los responsables

86 Véase *The Economist*, supra nota 69.

87 Véase Johnstone supra nota 74, 390.

88 Véase Fischer and Simic, supra nota 62, 273.

89 John Braithwaite, "Restorative Justice in the JEP" (Justicia Restaurativa en la JEP), Conferencia para la Justicia Restaurativa del ICTJ, Bogotá, junio 2019.

90 Véase Sibley Hawkins, ICTJ, "'You Can Change the Course of a Country': Report on the International Gender Symposium" (Tú Puedes Cambiar el Curso de un País: Informe sobre el Simposio Internacional de Género) (2017), 10. "Las historias de los medios de comunicación con frecuencia perpetúan ciertas imágenes de la mujer como triste, oprimida y débil debido a sus experiencias. A los ojos de los medios de comunicación, la victimización vende más que la resiliencia, el activismo, y la fuerza, y las mujeres en particular deben ajustarse a este estrecho concepto de lo que significa haber sido víctima de violaciones de los derechos humanos".

91 Tina S. Ikpa, "Balancing Restorative Justice Principles and Due Process Rights in Order to Reform the Criminal Justice System" (Equilibrando los Principios de Justicia Restaurativa y los Derechos del Proceso Debido para Reformar el Sistema de Justicia Penal), *Washington University Journal of Law and Policy (Revista de Derecho y Política de la Universidad de Washington)* 24 (2007): 312.

92 Véase Johnstone supra nota 74, 388.

que participan reconocen responsabilidades sin saber con seguridad que los procedimientos de justicia restaurativa se completarán de buena fe y según estaban previstos, hay una preocupación comprensible de que puedan estar incriminándose a sí mismos, con la posibilidad de que el reconocimiento pueda usarse en su contra en procesos punitivos posteriores⁹³. Preocupaciones adicionales surgen sobre el derecho a un juicio, derecho a un abogado y el derecho a la confidencialidad⁹⁴. En capítulos posteriores nos ocuparemos de algunos de estos retos relativos al debido proceso.

93 Véase Ikpa supra nota 94, 312.

94 Ibid., 312-317.

CAPÍTULO 3: Principios importantes para el éxito de la JEP

Habiendo considerado los diversos retos de la JEP y su enfoque procesal mixto, este capítulo presentará algunas recomendaciones sobre cómo abordarlos.

Conveniencia del reconocimiento temprano

La JEP debe prestar particular atención a los casos que involucran a responsables que pueden reconocer su responsabilidad en una etapa temprana del procedimiento. Los actos públicos de reconocimiento de responsabilidad completa son de mucho valor tanto para demostrar como para comunicar los méritos y el poder de los procesos de justicia restaurativa⁹⁵. Se recomienda por tanto identificar pronto esos casos que involucran a responsables que estén listos para realizar un acto de completo reconocimiento, denominados aquí comparecientes de reconocimiento temprano, para que la JEP pueda avanzar llevando a cabo audiencias públicas que muestren a Colombia el valor de los procesos de justicia restaurativa y animen a más víctimas y responsables a participar en los procedimientos. La JEP puede dar prioridad a trabajar con estos comparecientes de reconocimiento temprano y con víctimas que estén preparadas de modo similar para audiencias públicas de reconocimiento y conferencias o encuentros sobre proyectos de justicia restaurativa. De esta manera, y con las garantías adecuadas puestas en marcha, la JEP puede fomentar los procesos de reconciliación entre víctimas y responsables y de este modo avanzar en los objetivos del proceso de paz. Al mismo tiempo, la JEP no debe apresurar a víctimas y responsables, sino asegurarse de que estén preparados para participar en el proceso.

Preparación de todas las partes

Es esencial que todas las partes estén preparadas a fondo antes de su participación en los procedimientos de la JEP. Un componente de dicha preparación es gestionar las expectativas tanto de víctimas como de responsables antes de cada fase del proceso. La JEP debe comunicar con claridad sus funciones, procedimientos, fases procesales y lo que las víctimas y los responsables pueden esperar de la Jurisdicción en general. Como parte de su responsabilidad para manejar las expectativas, la JEP debe comunicar que no es un cuerpo judicial puramente retributivo ni

⁹⁵ Los autores apoyan las audiencias públicas de reconocimiento en lugar de las escritas porque las audiencias públicas tienen mayor valor a efectos comunicativos y pueden ayudar a promover la legitimidad de la JEP. Sin embargo, necesitan estar cuidadosamente preparadas.

restaurativo, sino un sistema mixto que da prioridad a la participación voluntaria y al reconocimiento sobre los procesos contenciosos o punitivos⁹⁶.

Como parte de su preparación para participar en la JEP, víctimas y responsables deben estar preparados con anterioridad al encuentro específico víctima-responsable⁹⁷. Para ello, la JEP puede aclarar a las víctimas que una disculpa es un procedimiento y que la pueden solicitar; sin embargo, puede que nunca reciban una disculpa del responsable o sólo la reciban más adelante en el proceso. Dicho esto, es al menos un derecho de las víctimas hacer esas peticiones. La JEP debe aclarar a los responsables que no deben exigir el perdón de las víctimas. Exigir una disculpa o el perdón va en contra de la naturaleza participativa, no-contenciosa y voluntaria de los mecanismos de la justicia restaurativa. Esas demandas podrían llevar a la retraumatización. Asimismo, una disculpa o un perdón forzados pueden estar vacíos de valor restaurativo⁹⁸. En relación con esto, los responsables deben tener en cuenta que pueden *explicar* su comportamiento, pero no deben intentar *justificarlo*⁹⁹. La JEP puede desempeñar un rol en identificar a esos responsables que parecen estar justificando en lugar de explicando sus acciones y, en esos casos, puede necesitar retrasar los encuentros víctima-responsable para evitar una posible retraumatización.

Para estos preparativos el consentimiento informado de todas las partes es fundamental. El consentimiento informado es un indicador explícito y claro del nivel de preparación y disposición de una parte, incluso si no es del todo fiable. La JEP debe, por lo tanto, obtener el consentimiento informado de las víctimas y responsables antes de cada encuentro. Al mismo tiempo, la Jurisdicción no puede asumir que dicho consentimiento informado es un indicador infalible de una disposición participativa. El consentimiento informado puede también servir como barómetro de cómo está funcionando el proceso de preparación en general: adquirir altos niveles de consentimiento informado puede indicar que los procedimientos están funcionando bien, mientras adquirir bajos niveles de consentimiento informado indican lo contrario. Aunque el consentimiento informado es clave, no tiene que detallarse por escrito en un documento formal. En cambio, adquirir consentimiento informado puede ser un proceso abierto liderado por la JEP. Este proceso abierto y menos formal puede incluso ayudar a legitimar la JEP, haciendo las interacciones con las víctimas y responsables más personales y humanas y menos burocráticas, y quizás introduciendo enfoques culturalmente más sensibles. En cualquier caso, la JEP es responsable de adaptar la preparación de tal manera que las partes tengan toda la información requerida para dar el consentimiento informado.

Como parte del proceso de preparación, la JEP debe animar a las víctimas y a los responsables a estar acompañados por sus comunidades de cuidado¹⁰⁰. Los encuentros entre víctimas y responsables pueden estar contaminados por discrepancias de poder, y dichas discrepancias de poder

96 Véase el Capítulo 1 para más detalles sobre el proceso mixto de la JEP.

97 Dichos encuentros incluyen la Audiencia Pública de Reconocimiento, cualquier conferencia arbitrada sobre proyectos de justicia restaurativa y el encuentro más indirecto que puede ocurrir cuando la Sala de Reconocimiento entrevista a los responsables respecto a su versión de los hechos, mientras las víctimas observan en una sala adyacente.

98 Véase Ruben Carranza, ICTJ, (Más que Palabras: Las Disculpas como Forma de Reparación) (2015), 18, www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Report-Apologies-2015.pdf. "Una disculpa debe ser sincera; las percepciones de falta de franqueza pueden debilitar una disculpa".

99 De nuevo, esta distinción se reduce a un inherente potencial retraumatizador al intentar el responsable justificar sus acciones frente a las víctimas. Las discusiones del ICTJ con miembros de la defensa de las FARC-EP revelaron que les preocupa que sus esfuerzos por "explicar" puedan parecer esfuerzos por "justificar". Estas preocupaciones también parecían ser genuinamente abordadas como un deseo de no retraumatizar a las víctimas.

100 Este informe usa la definición de comunidad de cuidado de McCold y Wachtel de un grupo de personas que "tiene una conexión emocional significativa con la víctima o el infractor, por ejemplo, padres, esposos, hijos, amigos, profesores o compañeros de trabajo". Véase Paul McCold y Ted Wachtel, International Institute for Restorative Practices, "In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice" (Tras un Paradigma: Una Teoría de Justicia Restaurativa) (2003), trabajo presentado en el XIII Congreso Mundial de Criminología, 10-15 de agosto de 2003, Rio de Janeiro, www.researchgate.net/profile/Paul_Mccold/publication/237314664_In_Pursuit_of_Paradigm_A_Theory_of_Restorative_Justice/links/58deba1392851c36954572ed/In-Pursuit-of-Paradigm-A-Theory-of-Restorative-Justice.pdf.

pueden traumatizar más aún a los participantes. Para mitigar dichas discrepancias de poder, el Profesor Braithwaite sugiere que ambas partes deben estar acompañadas por sus respectivas comunidades de cuidado¹⁰¹. La presencia de estas comunidades de cuidado ayuda a interferir con cualquier discrepancia de poder aumentando la diversidad de la conferencia o encuentro¹⁰². Además, las comunidades de cuidado también pueden evitar que un responsable o una víctima actúen de modo contraproducente o perjudicial en el encuentro¹⁰³. Dicho esto, la JEP debe también tener cuidado de no mezclar las comunidades de cuidado con las comunidades afectadas. Mientras ambas pueden solaparse, una comunidad de cuidado se entiende como el grupo de personas que tiene una “conexión emocional significativa con la víctima o el infractor”, mientras que la comunidad afectada se refiere al grupo de personas que ha sido principalmente afectada por las acciones de los responsables. La comunidad afectada se asocia más con los actos ofensivos en sí, mientras una comunidad de cuidado está relacionada con una víctima o responsable específico.

Comunicar el valor de la justicia restaurativa por medio de casos representativos

En el capítulo anterior, se presentaron varios retos relacionados con la comunicación en el contexto de la justicia restaurativa. Esta sección ofrece algunas posibles soluciones. Para comunicar el valor de la importancia de la justicia restaurativa al público, según los expertos en justicia restaurativa, es mejor dar publicidad o divulgar casos representativos. Los magistrados de la JEP o el personal administrativo encargado de la divulgación deben usar su criterio para determinar qué casos podrían ser comunicados públicamente como parte del esfuerzo para demostrar los méritos del proceso¹⁰⁴.

Una vez que los magistrados de la JEP u otros miembros del personal hayan determinado que un caso es representativo, tendrán que crear estrategias para comunicar al público de la mejor manera la narrativa del crimen grave y representativo. Ya que los casos a cargo de la JEP implican atrocidades masivas cometidas por un gran número de responsables durante extensos períodos de tiempo, es imposible describir el alcance total de los crímenes de modo preciso y efectivo. Igualmente, es imposible contar las historias de cada responsable o víctima individual ante el público. Como solución, la JEP podría tomar un enfoque caleidoscópico para comunicar la narrativa del caso, en la que se emitan los testimonios de varios responsables que reconocen su responsabilidad por diferentes actos constitutivos de los crímenes. Tomemos como ejemplo el Caso 003 sobre ejecuciones extrajudiciales (falsos positivos)¹⁰⁵: Alguien admite haber matado civiles, alguien admite haber falsificado documentación y alguien admite tener prejuicios contra ciertos territorios. Juntos, estos reconocimientos públicos presentarían una narrativa del delito general, aunque compuesta. Este enfoque también ofrece posibles soluciones a dos problemas: los recursos limitados para contar la historia de todas las partes y la dificultad de reflejar delitos o crímenes a gran escala en una sola narrativa.

101 Véase Braithwaite supra nota 92.

102 Ibid.

103 Ibid.

104 Al determinar qué casos deben ser emitidos públicamente, la JEP puede querer considerar las cuestiones siguientes: ¿Están las víctimas siendo representadas en el caso en cuestión de modos y modalidades diferentes? ¿Sólo un pequeño porcentaje de las víctimas afectadas desean o pueden participar? ¿Están también representadas las víctimas de daños menos tangibles -por ejemplo, las víctimas de vulneraciones como pérdida económica o pérdida cultural de una región- y no sólo de trauma físico? ¿Reflejan los comparecientes del caso en cuestión a los muchos responsables del conflicto colombiano en su totalidad? Por ejemplo, en el caso 003, ¿demuestran los comparecientes de diferentes rangos del ejército varias formas de responsabilidad? ¿Son los comparecientes del caso en cuestión responsables de aspectos diferentes del delito grave y representativo?

105 El caso 003: “Muertes ilegalmente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado.”

Comunicar de modo efectivo la legitimidad de la JEP

Un modo efectivo de convencer a los miembros del público que desean medidas punitivas de la legitimidad de la JEP es explicar claramente los componentes de justicia retributiva del proceso. Por ejemplo, los magistrados de la Sala de Reconocimiento podrían definir en su decisión cualquier restricción de libertades a la que los responsables estén sujetos, como un toque de queda temprano o una restricción de no poder viajar a más de unas pocas millas de la residencia del responsable durante el tiempo que la persona participe en un proyecto de sanciones restaurativas. Adicionalmente, la emisión de las audiencias públicas de reconocimiento, con las protecciones adecuadas puestas en marcha, puede demostrar un elemento de justicia retributiva del proceso. Concretamente, aquellos colombianos que quieren una solución judicial más punitiva verán por sí mismos a los responsables enfrentándose al daño que han causado. La JEP debe divulgar cuando condena a los infractores que no reconocen su responsabilidad a los 15 a 20 años obligatorios en prisión o cuando condena a comparecientes de reconocimiento tardío a los 5 a 8 años en prisión bajo las disposiciones aplicables del Acuerdo Final para sanciones alternativas.

La JEP también debe enfatizar en que la participación en estos procesos no resultará en vulneraciones del debido proceso. Debería reiterar cómo Colombia aún está sujeta a sus obligaciones bajo el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los Derechos Humanos en todos los procesos de la JEP¹⁰⁶. La Jurisdicción también puede comunicar que el Acuerdo Final y el marco normativo de la Jurisdicción son suficientemente claros sobre condicionar el tipo de sanciones a las que un responsable se enfrentará al nivel de su reconocimiento y al llamado Régimen de condicionalidad¹⁰⁷. Es más, el Acuerdo Final en sí mismo exige que la JEP “respete los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, asistencia legal y la independencia e imparcialidad de la justicia”¹⁰⁸. La JEP también aplica la ley más favorable a los responsables, y los fallos de la JEP están sujetos a apelación¹⁰⁹. Tales disposiciones deberían satisfacer a los críticos, especialmente teniendo en cuenta el hecho de que la JEP es una jurisdicción penal. Las disposiciones, sin embargo, no socavan las interacciones más informales pero mediadas entre víctimas y responsables que también son parte de los procedimientos de la JEP.

Apoyo psicosocial a largo plazo

Además de preparar a víctimas y responsables para participar en sus procedimientos, la JEP debe ofrecer un constante apoyo psicológico a lo largo del proceso. Antes de cualquier encuentro entre víctima y responsable, la JEP debe verificar que ambos recibieron apoyo psicológico, o que se les ofreció, pero lo rechazaron. De este modo, la Jurisdicción actúa como salvaguarda final ante la retraumatización. Los mediadores de la justicia restaurativa también deberían recibir apoyo psicológico para asegurarse de que pueden llevar a cabo sus obligaciones y no se ven negativamente afectados por su exposición a los encuentros y a las dinámicas de alta carga emocional. El apoyo psicológico a largo plazo debe ofrecerse porque es esencial en cada paso del proceso.

106 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 155; L1957/19 artículo 23.

107 Véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-080 de 2018 y Sentencia C-674 de 2017.

108 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 156.

109 Ibid.

CAPÍTULO 4: Procedimientos para alcanzar los objetivos de la justicia restaurativa de la JEP

Con anterioridad se expusieron varios principios importantes que la JEP debería tener en cuenta a medida que avanza. Este capítulo ofrece algunas recomendaciones en procedimientos específicos, que contribuyan a garantizar que estos principios se incorporen en el proceso. El foco aquí se centra en los encuentros entre víctima y responsable.

Previo a la participación formal en la JEP

La resiliencia de las víctimas, su creatividad y su valor se han demostrado una y otra vez en Colombia. Víctimas y responsables ya han iniciado procesos de justicia restaurativa naturalmente en las comunidades afectadas, antes de cualquier participación formal en la JEP. Como procedimiento importante, la JEP debería informar a los responsables de que cualquier proyecto de justicia restaurativa que beneficie a las víctimas, que estén dispuestos a emprender, incluso antes de participar en la JEP, puede, al final, reunir los requisitos de Trabajos, Obras y Actividades con Contenido Reparador (TOAR)¹¹⁰. Se recomienda que la JEP proporcione la información relevante a los responsables antes de iniciar los procedimientos formales¹¹¹. La Jurisdicción debe asegurarse de que los responsables conocen los TOAR y sus implicaciones sobre la sanción final, con la salvedad, por supuesto, de que la aprobación y consecuente inclusión de los TOAR en la

110 “Los Trabajos Obras y Actividades con Contenido Reparador.” Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 176. “En lo referente a los miembros de una organización que firme un acuerdo de paz con el gobierno, el período de tiempo durante el cual permanezcan en Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) debe ser tenido en cuenta, donde corresponda, como tiempo durante el cual se cumple con la sanción, siempre y cuando durante ese tiempo hayan realizado tareas, trabajo o actividades con contenido reparador. Al final del período durante el cual hayan permanecido en las ZVTN, las tareas, trabajo o actividades con contenido reparador llevadas a cabo por los individuos bajo la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz también serán consideradas tiempo cumplido de cualquier sanción que se les pueda imponer, siempre que esas tareas, trabajo o actividades se desarrollen en una ubicación territorial perfectamente definida y verificable. La verificación de los requisitos y el proceso bajo este párrafo deben ser llevados a cabo por el Secretario Ejecutivo de la JEP, que puede requerir la asistencia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Oficina de las Naciones Unidas en Colombia, una vez que el Tribunal para la Paz haya establecido la Jurisdicción Especial para la Paz”. Véase L1957/119, artículo 132 (que afirma la disponibilidad de condenas de tiempo reducido para las sanciones propias cuando los responsables ya hayan cumplido los TOAR. Este artículo mantiene, sin embargo, que depende de la Sección de Primera Instancia decidir si la conducta de los responsables se califica como TOAR y que dicha conducta debe haber sido previamente verificada por la Secretaría Ejecutiva).

111 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, artículo 131. El Acuerdo define dichos criterios de calificación como: (1) La actividad realizada ha ofrecido reparaciones o compensación a las víctimas o tiene un valor restaurativo; (2) Su implementación ha sido reconocida por los mecanismos de verificación acordados por las partes para cada actividad o trabajo o por los mecanismos de verificación acordados por las partes en el artículo 6.1 del Acuerdo General del 24 de noviembre de 2016, respecto al cumplimiento de las condiciones del SIVJNRN; y (3) Es compatible con la lista de sanciones.

decisión final no son automáticas. La JEP puede querer difundir esta información directamente en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación en los que residen ex miembros de las FARC-EP. Del mismo modo, la JEP puede instar a la dirección del Comando Conjunto Estratégico de Transición del Ministerio de Defensa a compartir información importante sobre los TOAR con los comparecientes de las fuerzas armadas¹¹². Dicha información no sólo puede animar a actos tempranos de naturaleza restaurativa y reparadora, sino que puede hacer el trabajo de la JEP más sencillo: los responsables que comienzan a trabajar pronto en proyectos de justicia restaurativa tienen más posibilidades de tener diseños más definidos de, y experiencia en, este tipo de proyectos cuando se presentan ante la Sala de Reconocimiento.

Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

Presentación de informes de las víctimas ante la JEP¹¹³

Según la filosofía del Acuerdo Final y para maximizar el efecto restaurativo de empoderar a las víctimas, la JEP debería facilitar la presentación de informes de las víctimas sobre las atroces violaciones que sufrieron. Cuando y donde sea posible, los magistrados de la Sala de Reconocimiento deberían viajar a las comunidades afectadas para recibir los informes. El ICTJ ha aprendido por experiencia la importancia que tiene para ciertos grupos de víctimas, particularmente en comunidades marginadas, conocer en persona a los magistrados y poder compartir con ellos sus historias del modo que las víctimas elijan y que refleje sus necesidades y expectativas¹¹⁴. Más aún, al conocer a las víctimas cara a cara y recibir con solemnidad el informe (por ejemplo, llevando toga), los magistrados demuestran la seriedad con la que escuchan a las víctimas. En caso de que los magistrados no puedan viajar a la comunidad afectada, la JEP debería ayudar a disponer que los representantes de la comunidad viajen a Bogotá para presentar el informe.

Debe destacarse que la JEP puede aceptar una entrega preliminar del informe, incluso cuando no se cumplan aún los requisitos formales o sustanciales. En este caso, las víctimas pueden presentar el informe final en una etapa posterior sin ceremonia en Bogotá.

Versiones voluntarias

Tras la presentación de los informes de las víctimas, comienza una fase procesal que se centra en buscar un consenso alrededor de los hechos y las vulneraciones manifestadas en la información allegada a la Sala. Los responsables que expresaron su voluntad de reconocer responsabilidad son animados a ser comunicativos en esta fase. Para aumentar la participación significativa de las víctimas, la JEP debería considerar facilitar un encuentro indirecto al llevar a cabo las entrevistas iniciales con los responsables (versiones voluntarias), en el cual las víctimas puedan observar las entrevistas a los responsables desde una sala adyacente y aportar preguntas de manera

112 El Comando Conjunto Estratégico de Transición del Ministerio de Defensa” dirige la participación de la Fuerza Pública en escenarios de terminación de conflictos armados.

113 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 165 (sobre informes de las víctimas colombianas y las organizaciones de derechos humanos respecto a actos cometidos en el marco del conflicto armado, así como de fuentes judiciales o administrativas).

114 Alianza Voces, un consorcio de organizaciones por los derechos LGBTI que trabaja en los informes de la JEP, con el apoyo del ICTJ, concluyó su informe sobre las violaciones de los derechos humanos de las personas LGBTI en la región de Montes de María en julio de 2019. Las víctimas mencionaron en el informe que entregaron personalmente copias de sus testimonios al magistrado de la JEP que asistió al evento organizado por los organismos regionales. Este evento constituyó la primera vez que estas víctimas han tenido la oportunidad de encontrarse con representantes del Estado (la Oficina del Procurador General de la Nación también estuvo presente), así como con otras víctimas de violencia sexual. Este tipo de evento es de naturaleza restaurativa ya que proporciona un entorno para que la JEP reconozca y afirme la dignidad de las víctimas. Unos pocos días más tarde, el consorcio presentó oficialmente el informe a la Sala de Reconocimiento. Las víctimas también asistieron e interpretaron un sociodrama escrito por ellas mismas.

controlada¹¹⁵. Debe también señalarse que el comportamiento de los magistrados durante estas versiones, y en casi todas las etapas de la JEP, puede influir en si las víctimas y los responsables consideran la JEP legítima y si finalmente recuperan y consolidan la confianza en las instituciones colombianas. Lo primordial en esta etapa es que la JEP no cree un ambiente conflictivo que disuada a los comparecientes de reconocer su responsabilidad. Los procedimientos de reconocimiento pretenden crear un ambiente que, por un lado, dé seguridad a las víctimas y les permita participar significativamente, y por otro lado, no disuada a los responsables de ser comunicativos y dar cuanta más información sea posible, de modo que en una etapa posterior asuman una responsabilidad mayor por los crímenes más graves. Las siguientes garantías procesales deberían ser tenidas en cuenta:

1. Recordar a las víctimas y sus representantes que el objetivo de las versiones es animar a los responsables a contribuir a la búsqueda de la verdad y un posible reconocimiento, y que tendrán oportunidades adicionales de hacerle preguntas a los responsables y presentar sus observaciones de lo ocurrido.
2. En esta etapa inicial, animar a las víctimas a basar sus preguntas en lo que los responsables ya han reconocido en la versión. Las víctimas pueden estar especialmente bien dotadas para hacer preguntas relevantes que pueden no ocurrírseles a los magistrados, pero que entran en detalles que son importantes para las víctimas.
3. Animar a las víctimas a hacer preguntas que miran hacia adelante, en lugar de centrarse en el comportamiento pasado del responsable que lo estigmatiza—por ejemplo, “¿cómo va a tratar de reparar a las víctimas?”
4. Animar a los magistrados que presiden la versión a usar su buen criterio sobre si deben permitir ciertas preguntas o no.
5. Recordar a los responsables que tienen la opción de negarse a contestar cualquier pregunta, pero también que una actitud colaborativa y el deseo de responder a las víctimas son más coherentes con los objetivos del proceso. Un silencio reiterado puede interpretarse como un intento de esconder la verdad y, por tanto, un incumplimiento del régimen de condicionalidad¹¹⁶.

Reconocimiento de responsabilidad

Luego de estas versiones iniciales de los responsables, la JEP comienza la etapa de “reconocimiento de responsabilidad”, en la cual tiene lugar la Audiencia Pública de Reconocimiento (Audiencia Pública). La preparación de esta Audiencia Pública ofrece la posibilidad de encuentros mediados, entre víctimas y responsables, en los cuales podrían desarrollar y acordar proyectos de justicia restaurativa¹¹⁷. Los encuentros directos víctima-responsable son un objetivo primordial

¹¹⁵ De hecho, la JEP acaba de comenzar este mismo proceso en el caso 003 sobre ejecuciones extrajudiciales o “falsos positivos” siguiendo lo estipulado en el Auto 080 de 2019 11.1.8-10. El abogado de las víctimas puede estar presente en la sala de entrevistas (versiones voluntarias) con el compareciente. Las víctimas que presencian la entrevista deben tener permitido aportar preguntas al responsable reconocido, por medio del abogado de las víctimas que está presente junto al responsable, una vez que este termine de relatar su versión de los hechos.

¹¹⁶ Véase la Sección de Apelaciones. Sentencia Interpretativa, TP-SA-SENIT 1 de 2019, “Sobre beneficios provisionales, régimen de condicionalidad y participación de víctimas,” Bogotá, 3 de abril de 2019, par. 270. “Pero un silencio reticente—una mentira negativa—sí puede usarse para limitar beneficios y, por tanto, considerarse apto para probar un incumplimiento del régimen de condicionalidad y, en ciertas circunstancias, contribuir en la valoración probatoria para fortalecer inferencias adversas al compareciente que pretenda beneficiarse del régimen sancionatorio procesal y sustantivo de la JEP”.

¹¹⁷ Véase Ley de Procedimiento de la JEP. Ley 1922 de 2018, artículo 27, [En adelante L1922/18] (que enumera los derechos de dichas víctimas a la participación en la JEP y sostiene el diseño y la utilización de herramientas de justicia restaurativa.).

de los sistemas de justicia restaurativa, pero estos encuentros no deben ocurrir sin los procedimientos y protecciones adecuados.

La Audiencia Pública y cualquier reunión previa en la que se hace referencia a proyectos de justicia restaurativa son los primeros encuentros formales víctima-responsable en la JEP, y requieren los siguientes trámites preparatorios. Primero se debe distribuir un relato preliminar a los responsables, informándoles de la conducta criminal o graves crímenes de los que puede acusárseles. Este relato ocurre por escrito, y no una simple conversación informal. Al mismo tiempo, no es una acusación formal. Más bien pretende ser una medida preparatoria que informa a los responsables de qué pueden esperar de su acusación formal en la JEP y permitirles comenzar a prepararse al respecto¹¹⁸. En segundo lugar, frente a la Sala de Reconocimiento, antes de aparecer en la Audiencia Pública, los responsables deben reconocer los hechos y conductas descritos a partir de sus actos y su completa responsabilidad por los mismos¹¹⁹. Debe existir conocimiento previo de todo lo importante que ocurre en la Audiencia Pública, por ejemplo, que los comparecientes reconocen la responsabilidad de forma completa, en qué hechos y conductas asumen responsabilidad, el proceso adelantado, la hora y duración de la participación, y así sucesivamente¹²⁰. Este conocimiento previo es esencial para prevenir la retraumatización de las víctimas y asegurar que los responsables cooperen en esta etapa y en la Audiencia Pública posterior. Finalmente, durante o poco después de reunirse con la Sala de Reconocimiento, los responsables deciden si quieren que la JEP les asigne un proyecto de justicia restaurativa, o si en cambio desean diseñar uno con las víctimas de las comunidades afectadas, que, más tarde, presentarán a la JEP para su aprobación final¹²¹.

Si los responsables no quieren que la JEP les asigne un proyecto, deberán dialogar con las víctimas y los representantes de las comunidades afectadas, en un encuentro mediado, para desarrollar y proponer proyectos de justicia restaurativa. Una vez más, víctimas y responsables deben ser preparados por sus respectivos abogados y acompañantes del proceso, y un mediador profesional debe facilitar el encuentro. En los casos en los que las víctimas y los responsables no tienen recursos para su defensa, se les facilitará por parte del Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa de la Oficina de la Secretaría Ejecutiva de la JEP¹²². La preparación para este encuentro debe incluir, entre otras, las siguientes consideraciones:

1. Manejar las expectativas de víctimas y responsables respecto a los resultados del encuentro, advirtiéndoles que ambas partes han de comprometerse.
2. Explicar a los responsables que cualquier proyecto de justicia restaurativa debe diseñarse con las víctimas y ser convenido con ellas.

118 En muchos sentidos el informe preliminar de hechos y conductas (que a partir de enero de 2021, se denomina Auto de Determinación de Hechos y Conductas) tiene en cuenta el interés del responsable y puede ayudar a mitigar las preocupaciones del debido proceso. La competencia para elaborar este informe preliminar está asignada a la JEP a partir de lo dispuesto en la Ley 1922/18, art. 27, que le otorga discrecionalidad para implementar los procedimientos de la construcción dialógica de la verdad. “*Construcción dialógica de la verdad y justicia restaurativa*. En el marco de los principios de justicia restaurativa y centralidad de las víctimas previstos en el Título Primero de esta Ley, las salas, y las secciones cuando corresponda, podrán adoptar las medidas que estimen oportunas e idóneas para promover la construcción dialógica de la verdad entre los sujetos procesales e intervinientes, que propendan por la armonización y sanación individual, colectiva y territorial, y promoverán la construcción de acuerdos aplicando criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en todas las fases del procedimiento. En algunos casos, podrán tomar en cuenta las prácticas restaurativas de las justicias étnicas”.

119 Esto debe ocurrir antes de la Audiencia Pública de Reconocimiento no sólo para prevenir la posible retraumatización de las víctimas, sino también para evitar el proceso penal de los responsables más adelante.

120 Incluso puede haber ensayos previos. En el sistema judicial ordinario esto sería manipulación de testigos, pero en el contexto de la justicia restaurativa es preparación psicosocial.

121 Véase el Acuerdo Final, supra nota 7, 157 (que pide a la Sala de Reconocimiento que escriba una resolución de conclusiones basada en las sanciones prescritas para la conducta del infractor, que la sala presentará después al Tribunal de Paz); P.A.L. 01/2017.

122 Véase L1957/19, artículo 115.

3. Informar tanto a responsables como a víctimas acerca de los TOAR y establecer si víctimas y responsables ya se encuentran en el proceso de ejecutar un proyecto de justicia restaurativa. Si los responsables y las víctimas indican que desean continuar con dicho proyecto, entonces la Oficina de la Secretaría Ejecutiva debería certificar los TOAR que ya se hayan completado antes de la Audiencia Pública¹²³.
4. Ofrecer a las víctimas la oportunidad de presentar de antemano una lista de qué preferirían que los responsables satisficieran al diseñar los proyectos de justicia restaurativa. Por ejemplo, las víctimas pueden querer destacar la violencia medioambiental pasada de las FARC-EP, y de ese modo solicitar un proyecto de justicia restaurativa basado en mejorar la salud medioambiental de una comunidad afectada.
5. Establecer de antemano un proceso legítimo por el cual las víctimas puedan elegir, de entre los grupos de víctimas, aquellos que consideran más indicados para representarlas potencialmente en dichas reuniones. La JEP debe facilitar y mediar en este proceso.
6. Dar a las víctimas la opción de mantener toda su información personal y de identidad confidencial (p. ej., ubicación del proyecto, nombres de las víctimas y demás). Sin embargo, la JEP podrá publicitar un resumen del proyecto (p. ej., qué tipo de trabajo está haciendo el responsable) para poder comunicar su mérito e importancia en relación con la sanción.
7. Informar a las víctimas y sus comunidades afectadas de que pueden declinar o negarse a albergar cualquier proyecto de sanción restaurativo en su área, si así lo desean.
8. Incitar a víctimas y responsables a facilitar una lista de individuos que considerarían parte de su comunidad de cuidado. Esta lista puede ayudar a evaluar, cuanto antes, posibles desequilibrios de poder entre las partes de cara a la conferencia o encuentro.
9. Desarrollar una evaluación de riesgos antes de la reunión para identificar daños potenciales y cómo pueden abordarse. Un mediador debe llevar a cabo dicha evaluación¹²⁴.
10. Asegurarse de que la JEP tenga planes alternativos preparados como respaldo si se determina que el encuentro no es seguro o podría ser dañino. Tales alternativas podrían incluir la mediación indirecta, vídeo conferencia, conferencia telefónica, el uso de una pantalla bidireccional, grabaciones de audio o vídeo, comunicación escrita y demás¹²⁵.

La reunión entre las partes debe ser facilitada por un mediador profesional de la justicia restaurativa ofrecido, por ejemplo, (por la Oficina) de la Secretaría Ejecutiva de la JEP. El mediador no puede ni debe ser un magistrado de la JEP. Si la JEP no cuenta con suficientes mediadores, debe comenzar el proceso de reclutar más, según se necesiten. La JEP también debe poder ofrecer mediadores capaces de comunicarse en la lengua que víctimas y responsables encuentren más cómoda. Este requisito procesal refleja las disposiciones del Acuerdo Final. Otros requisitos procesales incluyen lo siguiente:

1. Asegurarse de que nadie es receptor o parte de un proyecto de justicia restaurativa del cual no desea serlo.

123 Ibid., en artículo 132 (Descuento de la Sanción Propia).

124 Véase Ministro de Justicia del Reino Unido, "Best Practice Guidance for Restorative Practice" (Guía de Mejores prácticas para la Práctica Restaurativa) (2011), 11, <https://restorativejustice.org.uk/sites/default/files/resources/files/Best%20practice%20guidance%20for%20restorative%20practice%202011.pdf>.

125 Ibid., 19.

2. Asegurarse de que hay tiempo y espacio para la reflexión tras terminar la reunión. Los espacios informales han demostrado ser muy propicios para los resultados y procesos de justicia restaurativa no planeados¹²⁶.

Si víctimas y responsables llegan a un acuerdo sobre el proyecto lo podrían presentar públicamente a la comunidad afectada¹²⁷.

En la Audiencia Pública, debe ofrecerse a las víctimas una oportunidad de participar de modo significativo¹²⁸. Las víctimas deben poder compartir sus pensamientos sobre el nivel de reconocimiento de los responsables, comentar sobre cualquier proyecto de sanción, realizar preguntas adicionales y hacer declaraciones de la forma que consideren¹²⁹.

Resolución de conclusiones

La etapa final en la Sala de Reconocimiento es la “Resolución de Conclusiones”. Pero ¿cómo debe la Sala de Reconocimiento estructurar la Resolución de Conclusiones y qué información debe incluir? La Sala de Reconocimiento debería construir Resoluciones de Conclusiones que ofrezcan una narrativa caleidoscópica de los delitos graves y representativos y detallen a profundidad los diferentes aspectos de las sanciones propuestas, las cuales están condicionadas al grado de reconocimiento de los responsables. Al desarrollar la Resolución de Conclusiones, la Sala de Reconocimiento podría proceder de la siguiente manera:

1. Esbozar los patrones de comportamiento de modo que demuestren la gravedad de los crímenes cometidos y cómo representan la violencia o el abuso relativos al conflicto.
2. Destacar que dichos crímenes graves y representativos ocurrieron según el relato tanto de víctimas como de responsables.
3. Detallar la responsabilidad reconocida por los diferentes responsables, la relación de sus funciones dentro del plan criminal, y su papel en la perpetración de los crímenes.
4. Describir el objetivo final del plan criminal del que se trata en el caso, no sólo la razón individual de cada responsable para tomar parte en el plan.
5. Clasificar los delitos que han sido cometidos de acuerdo con el derecho penal internacional aplicable.
6. Si está siendo considerado un TOAR, describirlo en detalle, enfatizando en qué elementos son restaurativos, reparadores o retributivos, de modo que se pueda incluir en el proyecto de sanción.
7. Al terminar, obtener la firma de todas las partes: la Sala de Reconocimiento, las víctimas, y los responsables.

Para evitar un nuevo proceso de atribución de responsabilidad en el sistema de justicia penal colombiano o en la Corte Penal Internacional (CPI), los responsables deben reconocer que han

126 Ibid., 6. “Los profesionales informaron de que en la práctica un tiempo informal de ‘té y galletas’ tras una reunión restaurativa puede ser donde ocurra una mayor restauración. Como reflejo de esto, la guía aclara la importancia de este tiempo y cómo los moderadores deben estar alerta de estos momentos de restauración ‘improvisados’, que son con frecuencia los resultados claves de un proceso restaurativo”.

127 Para evitar el rechazo directo de un proyecto, debe ofrecérsele a la comunidad afectada apoyo psicosocial y preparación previa. El anuncio del proyecto restaurativo también tiene valor para fines de comunicación sobre los méritos de los procesos de justicia restaurativa dentro del proceso judicial transicional de Colombia.

128 L1922/18 artículo 27.

129 Ibid.

cometido un crimen definido por el derecho penal internacional y el Código Penal colombiano. La JEP y el abogado defensor deberían explicar a los comparecientes que deben aceptar responsabilidad penal para asegurarse de que su caso se considera legalmente adjudicado bajo jurisdicción doméstica y por tanto no puede estar sujeto a otras investigaciones de la CPI¹³⁰. Con el mismo propósito, las sanciones deben enfatizar las medidas de justicia retributiva que acompañan a las reparativas o restaurativas¹³¹.

En dado caso, la Resolución de Conclusiones ofrece más oportunidades a víctimas y responsables de participar en los procesos de justicia restaurativa de la JEP y de comunicar sus méritos. La versión final de la Resolución de Conclusiones preparada por la Sala de Reconocimiento debe ser aprobada por comparecientes, víctimas y la comunidad afectada¹³². Ellos podrían tener la oportunidad de firmar la Resolución de Conclusiones final en una audiencia pública de reconocimiento. Una vez que víctimas y comparecientes hayan acordado el borrador final de la Resolución de Conclusiones, la JEP debería considerar que los comparecientes presenten la Resolución de Conclusiones ante la comunidad afectada en una ceremonia pública. En la ceremonia, todas las partes involucradas pueden firmar la Resolución de Conclusiones o pueden expresar su aprobación de otros modos. Sería preferible que los magistrados de la Sala de Reconocimiento asistieran a la ceremonia, vistiendo sus togas, y que la ceremonia se emitiera públicamente de ser posible.

Sección de Primera Instancia para Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad

Luego de la Resolución de Conclusiones, el caso pasa a la Sección de Primera Instancia para los Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad del Tribunal de Paz (Sección de Primera Instancia). La función de la Sección de Primera Instancia es, en parte, verificar la correspondencia entre los crímenes por los cuales el compareciente ha admitido responsabilidad, el tipo de crimen, y si las sanciones propuestas cumplen los requisitos legales¹³³. Puesto que la verificación de dichas correspondencias compete a los magistrados, las recomendaciones que siguen se limitan a algunas cuestiones procesales.

Se sugiere que la JEP celebre encuentros mediados entre víctimas y responsables en el tránsito entre la Resolución de Conclusiones y el momento en el que la Sección de Primera Instancia emita su sentencia final. Esta reunión cumpliría dos objetivos. Primero, serviría como última oportunidad para que las víctimas confirmen su conocimiento y satisfacción con el reconocimiento del compareciente, y para que los responsables confirmen su aceptación de responsabilidades de acuerdo con los estándares legales internacionales. Este encuentro ofrecería a todas las

130 Los autores sugieren específicamente que la JEP y la defensa informen los detalles del Artículo 20.3a-b del Estatuto de Roma respecto a la admisibilidad en la CPI de un caso ya juzgado, cuando se considera que el procesamiento doméstico está "blindando" a un responsable o el procesamiento doméstico no es independiente o imparcial.

131 Enumerar explícitamente los elementos de las sanciones que tienen un componente de justicia retributiva y explicar por qué cada elemento debe considerarse retributivo podría disminuir las preocupaciones de que las sanciones que se aplican a los comparecientes que reconocen completamente son insuficientes y no satisfacen los requisitos del derecho penal internacional. Será entonces trabajo del Tribunal para la Paz argumentar en la sentencia final por qué las sanciones pertinentes satisfacen los requerimientos bajo el derecho penal internacional.

132 Véase L1922/18 artículo 27 (estableciendo que el contenido de la resolución puede definirse con la participación de las víctimas). "La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas incluirá en la Resolución de Conclusiones el proyecto de sanciones con su contenido reparador y de medidas restaurativas que podrán ser definidas con participación de las víctimas. En ningún caso, el compareciente obtendrá beneficios económicos como consecuencia de la sanción ni de la reparación". Los autores de este informe, sin embargo, sostienen que dicho proyecto debe ser aprobado por la comunidad afectada mediante los mecanismos apropiados. De hecho, una interpretación sistemática del marco normativo de la JEP, basada en la centralidad de las víctimas, implica que la JEP debe tener la aprobación de las víctimas.

133 L1922/18 art. 29

partes una oportunidad final para examinar el diseño del proyecto. Las siguientes son algunas cuestiones que pueden confirmarse:

1. Las víctimas y los responsables creen que las sanciones designadas son suficientemente reparatoras y restauradoras, o suficientemente retributivas respecto a las restricciones de libertades necesarias para cumplir la sanción.
2. Los responsables creen que podrán llevar a cabo los proyectos con éxito.
3. Todas las restricciones de libertades están diseñadas adecuadamente.

Se recomienda que la Sección de Primera Instancia adapte parte del lenguaje de sus sentencias finales para prevenir cualquier futuro enjuiciamiento por parte de la CPI. Sin profundizar en los detalles sobre el marco legal del Estatuto de Roma y el principio de complementariedad¹³⁴, vale la pena recordar que la Fiscalía de la CPI ha advertido repetidamente que la CPI continuará vigilando a Colombia y que enjuiciará a los responsables del conflicto colombiano en el caso de que los procesos penales domésticos no sean genuinos¹³⁵. El riesgo está en que la CPI pudiera considerar que la JEP, al aprobar proyectos de sanción en lugar de condenar a los responsables a prisión, esté actuando de modo contrario al Artículo 77 del Estatuto de Roma, que no permite, explícitamente, sentencias no privativas de la libertad por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra¹³⁶. En consecuencia, la CPI podría alegar que la JEP se está limitando a proteger a los responsables de ser procesados. Aunque por supuesto no es este el caso, es aconsejable incluir un lenguaje específico en las sentencias que proteja a los responsables de ser enjuiciados por la CPI. Proceder así podría animar a más responsables a participar y aliviar la presión externa e internacional de la JEP.

Al emitir sentencias que cumplan los estándares del derecho penal internacional, la JEP puede demostrar mayor imparcialidad, independencia y legitimidad como órgano judicial. Proceder así puede conllevar el beneficio añadido de convencer a los miembros de la sociedad colombiana que creen que la JEP no es suficientemente retributiva o punitiva. Esta recomendación se aplica tanto a responsables que reconocen en el momento inicialmente dispuesto para ello como a

134 Véase Paul Seils, ICTJ, “Handbook on Complementarity: An Introduction to the Role of National Courts and the ICC in Prosecuting International Crimes” (Manual de Complementariedad: Una Introducción al Papel de las Cortes Nacionales y la CPI en el Enjuiciamiento de Crímenes Internacionales) (2016), www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf. Colombia ha estado bajo examen preliminar por parte de la CPI desde 2004. Esto significa que la CPI ha estado haciendo una evaluación inicial de la situación: observando la información que recibió u obtuvo del estado sobre los presuntos delitos, evaluando si los delitos se encuentran dentro de la jurisdicción de la CPI, analizando su admisibilidad y gravedad y decidiendo si abrir o no una investigación. La corte ha estado examinando alegaciones de crímenes de guerra en el país desde el 1 de noviembre de 2009, y presuntos crímenes de lesa humanidad desde el 1 de noviembre de 2002. (Colombia accedió al Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002). Presuntas violaciones por parte de fuerzas gubernamentales, grupos paramilitares y grupos guerrilleros están siendo investigadas. El Artículo 17(1) está estructurado para enfrentarse a tres escenarios fácticos diferentes: En el primero las autoridades nacionales están actualmente ocupándose del mismo caso que la CPI; en el segundo las autoridades nacionales han investigado el mismo caso y decidido no procesar; en el tercero el mismo caso ha sido procesado a nivel nacional.

135 Véase la Oficina de la Fiscalía de la CPI, “Report on Preliminary Examination Activities” (Informe sobre Actividades de Examen Preliminar) (2018), para. 165, www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf. “La Oficina de la Fiscalía continúa evaluando la autenticidad de los procedimientos llevados a cabo bajo el sistema judicial ordinario, los tribunales de justicia y paz y la JEP. Al mismo tiempo que se aprecia que la JEP esté ya totalmente operativa, la Oficina de la Fiscalía continuará examinando los proyectos respecto a sus normas, operaciones y procedimientos hasta el punto de que el funcionamiento de la jurisdicción tendrá un impacto fundamental en la evaluación de la Oficina de la Fiscalía de la admisibilidad de los casos potenciales que surjan de la situación en Colombia. En este contexto, la Oficina de la Fiscalía seguirá de cerca los procedimientos individuales que surjan de los casos ya iniciados, así como la identificación de nuevos casos seleccionados para investigación y enjuiciamiento”.

136 Véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional art.77, 1 de julio de 2002 [en adelante Estatuto de Roma]; véase también William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Second Edition* (La Corte Penal Internacional: Un Comentario al Estatuto de Roma, Segunda Edición) (Oxford, UK: Oxford University Press, 2016), 1,159.

quienes que reconocen tardíamente” en la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de la Verdad y Responsabilidad que reciben sanciones alternativas.

En dichos casos, sin embargo, el peligro de enjuiciamiento, por esta razón, por parte de la CPI disminuye porque parte de los requerimientos para las sanciones alternativas incluyen la efectiva encarcelación de cinco a ocho años, ajustándose de modo más literal al Estatuto de Roma, en su Artículo 77 sobre las penas.

Sección de Primera Instancia en Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad

Los casos que involucran a comparecientes que no reconocen responsabilidad ofrecen menos oportunidades para prácticas de justicia restaurativa, y hay un consenso general en que los encuentros directos entre víctimas y comparecientes que no reconocen su responsabilidad son de poco valor para la justicia restaurativa¹³⁷. Un encuentro directo en dichas circunstancias podría llevar a la retraumatización y la revictimización. En consecuencia, no se recomienda que la JEP convoque ningún encuentro directo y mediado entre víctimas y comparecientes que no reconocen su responsabilidad. Sin embargo, la JEP puede facilitar procesos parcialmente restaurativos¹³⁸, como conferencias en pequeños grupos en los que puedan compartir sus historias. Tales conferencias de grupos pequeños deben ser facilitadas por un mediador profesional, con el objetivo de que las víctimas participantes puedan más tarde ser capacitadas para ser ellas mismas mediadores¹³⁹. Pero ¿cómo ajustamos esta oportunidad, en cierto modo limitada, con el énfasis que subyace en el Acuerdo Final de “poner a las víctimas en el centro de los procesos de paz”, lo cual significaría, de otra manera, organizar encuentros mediados entre víctimas y responsables? Los autores piensan que aún se les debería ofrecer a las víctimas la oportunidad, si lo desean, de hacer una declaración en una audiencia pública donde esté presente el responsable; sin embargo, la JEP debe asegurarse de que las víctimas están totalmente informadas del posible riesgo de retraumatización. No es recomendable necesariamente que las víctimas hagan tal declaración, pero sí que se les ofrezca la oportunidad de hacerlo si así lo desean. Esto nos lleva al siguiente punto, referente a las víctimas que testifican contra los responsables.

Si las víctimas testifican contra comparecientes que no reconocen su responsabilidad, entonces deben ofrecérseles medidas de protección que las protejan totalmente contra represalias¹⁴⁰. Ofrecer tal protección no es sólo una gran responsabilidad de cualquier proceso judicial con elementos de justicia retributiva, sino que lo es doblemente en este contexto, teniendo en cuenta que muchas víctimas sienten que el gobierno colombiano no las protegió en el pasado. En este sentido, tales medidas son un aspecto importante en la reconstrucción de la confianza en las instituciones de Colombia y su capacidad para proteger a los colombianos.

Finalmente, divulgar las sentencias contra los comparecientes que no reconocen su responsabilidad ofrece una oportunidad a la JEP para demostrar sus elementos de justicia retributiva y punitiva y comunicar su valor al público. Imponer sentencias punitivas, en línea con el Acuerdo Final y la legislación subsiguiente, puede demostrar que la JEP no es un sistema de justicia

137 Véase Howard Zehr and Ali Gohar, *The Little Book of Restorative Justice* (El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa) (Intercourse, PA: Good Books, 2003), 48.

138 Véase McCold y Wachtel, *supra* nota 104, at 4.

139 Véase Lorenn Walker, International Institute for Restorative Practices, “Restorative Justice Without Offender Participation: A Pilot Program for Victims,” (Justicia Restaurativa sin la Participación del Infractor: Un Programa Piloto para Víctimas) 31 de mayo de 2016, www.iirp.edu/news/restorative-justice-without-offender-participation-a-pilot-program-for-victims.

140 Véase el Acuerdo Final, *supra* nota 7, 172 Artículo 54f (que exige medidas de protección).

puramente restaurativo y quizás satisfacer el deseo de algunos colombianos de medidas punitivas contra los responsables. Puede también servir de ejemplo para los comparecientes de que es beneficioso ser colaborativo y reconocer responsabilidad. Finalmente, envía un mensaje a la CPI de que la JEP no está de ningún modo protegiendo a los responsables de ser enjuiciados.

Sección de Revisión

Las secciones anteriores han seguido, hasta ahora, los casos a través de los procedimientos de la JEP que comienzan en la Sala de Reconocimiento. La Sección de Revisión se ocupa de los procedimientos establecidos para los casos ante la JEP que involucran a responsables que han estado implicados en el sistema judicial penal ordinario de Colombia¹⁴¹. Los responsables que han sido condenados previamente por el sistema de justicia penal ordinario deben presentar una petición a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas o a la Sala de Reconocimiento, en el supuesto de estar vinculados a un caso, pidiendo a la Sección de Revisión que sustituya su sentencia por una sanción propia o alternativa de la JEP¹⁴². Los responsables que están siendo actualmente enjuiciados por el sistema judicial penal ordinario, también pueden presentar una petición a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, solicitando que la JEP asuma el proceso de atribución de responsabilidad. En los casos que involucran a miembros de las fuerzas militares o antiguos miembros de las FARC, este procedimiento ocurre de forma mecánica en la JEP ya que la JEP tiene una jurisdicción especial sobre estos individuos¹⁴³. Los civiles o funcionarios públicos que no eran miembros de las fuerzas armadas pueden presentar su caso ante la JEP voluntariamente si cumplen los requisitos del Régimen de Condicionalidad¹⁴⁴. Finalmente, si la intención del individuo que se presenta ante la JEP por esta vía es que se revise una sentencia previa, la persona debe presentar una petición de revisión detallada directamente a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, la cual puede a continuación remitirla a la Sección de Revisión¹⁴⁵.

Los casos que involucran a responsables que ya están encarcelados y que llegan a la JEP mediante la Sección de Revisión pasan por muchos de los procedimientos ya discutidos¹⁴⁶. En este sentido, la Sección de Revisión realiza funciones similares a las de la Sección de Primera Instancia. Por consiguiente, los autores sugieren que la Sección de Revisión tenga en cuenta los comentarios anteriores sobre el lenguaje de las sentencias y la CPI; concretamente, la Sección de Revisión debe incluir un lenguaje en las sentencias dictadas que enfatice (sea claro respecto a) los aspectos de justicia retributiva de las sanciones propias. De hecho, estas recomendaciones pueden ser especialmente importantes para la Sección de Revisión ya que una posibilidad es que esta Sección conmute las sentencias ordinarias por sentencias con elementos más propios de la justicia restaurativa.

Al revisar la correspondencia de las sanciones propuestas, la Sección de Revisión debe prestar especial atención al paradigma de justicia restaurativa¹⁴⁷. La Sección de Revisión se ocupará de los responsables que o bien han sido condenados, y posiblemente encarcelados, y, por lo tanto,

141 L1957/19 artículo 97a.

142 Ibid.

143 Ibid., artículo 97c.

144 Ibid., artículo 84f;97a.

145 Ibid., artículo 97a.

146 Si la Sala Definición de Situaciones Jurídicas determina que el responsable no es elegible para un indulto, y si la conducta del responsable puede estar relacionada con un macro caso ya abierto en la Sala de Reconocimiento, entonces la persona es enviada a la Sala de Reconocimiento. Los procesos para un responsable de reconocimiento total cuyo caso ya está en el sistema judicial ordinario son los mismos, con la excepción de que el responsable llega a la Sección de Revisión tras la Resolución de Conclusiones, en lugar de la Sección de Primera Instancia. De modo similar, un responsable que no reconoce su responsabilidad pasa a la Sección de Revisión, en lugar de a la Sección de Primera Instancia.

147 Se pone a la Sección de Revisión en la difícil situación de definir los elementos retributivos de una sanción propia para apaciguar a la CPI. Al mismo tiempo, se recomienda que la Sección tenga en mente un paradigma restaurativo.

debe cuidarse de orientar la conversación en la JEP lejos de un modelo puramente retributivo y punitivo¹⁴⁸. En esencia, un responsable que se presente ante la Sección de Revisión, como se ha descrito antes, entra en la JEP desde un punto de vista más retributivo: el individuo ha sido condenado por el sistema ordinario. Como resultado, la Sección de Revisión debe asegurar que un paradigma de justicia retributiva no influya sobremanera en el diseño de las sanciones propuestas.

Los casos de la Sección de Revisión pueden presentar una necesidad en cierto modo única entre las víctimas y sus comunidades de preparación y apoyo psicológico. Si el sistema judicial colombiano ya ha juzgado y sentenciado al responsable, entonces es posible que se reabran las heridas de las víctimas cuando la Sección de Revisión retome esos casos. Es por tanto esencial que la JEP les ofrezca apoyo psicológico para prevenir una revictimización provocada por la JEP en lugar de por las acciones de los responsables.

Ejecución y seguimiento de sanciones propias

Aunque la JEP está aún algo lejos de la implementación, ejecución, verificación y evaluación de cualquier sanción propia, es útil hacer algunas recomendaciones preliminares. Hay varias cuestiones logísticas que deben abordarse para alcanzar los objetivos estas sanciones propias.

Basándose en el Acuerdo Final, incumbe tanto a la Sección de Primera Instancia como a la Misión de Verificación de las Naciones Unidas supervisar y verificar las sanciones.

Es enteramente posible que los responsables completen sus proyectos de justicia restaurativa antes de lo previsto, o que un proyecto específico ya no sea viable o alcanzable, lo cual requeriría que la Sección de Primera Instancia dispusiera un proyecto de justicia restaurativa distinto como parte de las sanciones propias. La Sección de Primera Instancia puede, por lo tanto, contemplar más de un proyecto restaurativo durante el transcurso del período de ejecución de cinco a ocho años. Esto supondría el mismo proceso discutido en relación con la conferencia del proyecto de sanción.

Los monitores independientes de la implementación de sanciones deben brindar información para comprobar que los proyectos restaurativos no socaven derechos de algún responsable¹⁴⁹. No sólo es una obligación legal, sino que es fundamental para salvaguardar los elementos restaurativos, reparadores y reintegradores de las sanciones propias¹⁵⁰. Los monitores deben, por supuesto, brindar información para verificar la salud y sustento (manutención) de los responsables, que el proyecto restaurativo no los ponga en riesgo y que los responsables tengan realmente las habilidades necesarias para llevar a cabo el proyecto. Los monitores independientes deben brindar información para también evaluar si a los responsables se les negó o no el acceso a sus familias o comunidades de cuidado, en virtud de factores como la localización del proyecto de justicia restaurativa¹⁵¹. Es importante que cualquier restricción de libertades

148 Esta situación difiere de otros responsables cuyo punto de partida es el enfoque mixto de la justicia de la JEP, en lugar del modelo retributivo del sistema judicial colombiano.

149 Véase L1957/19 artículo 127 (que explica que estos monitores deben ser proporcionados por la ONU).

150 Véase el Acuerdo Final (que discute cómo las sanciones propias tienen un objetivo reintegrador). Véase L1957/19 artículo 126 (que garantiza la capacidad de la JEP de imponer “restricciones de libertad” que sean necesarias para la “ejecución de la sanción” y asegurar “garantías de no repetición”). “Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición”.

151 Véase L1957/19 artículo 127 párrafo 2 (que garantiza este derecho para los “responsables indígenas”, sugiriendo que puede pedírsele al responsable que resida en un área considerada su territorio ancestral). “En el caso de los miembros de comunidades indígenas, el componente de restricción efectiva de la libertad de la sanción propia podrá incluir la

impuesta por la JEP no socave los objetivos restaurativos, reparadores y reintegradores del proyecto.

Esta sección concluye con dos observaciones sobre la ejecución de sanciones. En primer lugar, los proyectos de justicia restaurativa tienen un valor comunicativo. Los proyectos de sanción exitosos deberían ser comunicados al público colombiano mediante distintos medios. La JEP debería involucrar a los responsables y las víctimas en el diseño de dichas estrategias de comunicación. Hacer esto podría ser un acto más de justicia restaurativa procesal en sí mismo, así como demostrar la íntegra contribución del proceso a la prevención y a la reconciliación. En segundo lugar, los monitores independientes también deben brindar información para confirmar que los proyectos de justicia restaurativa no violan los derechos de las víctimas, las comunidades afectadas ni las comunidades en las que tienen lugar los proyectos.

fijación de residencia del sancionado en los territorios ancestrales de estas, garantizando en todo caso el cumplimiento del componente restaurativo y reparador de la sanción propia”.

CAPÍTULO 5: Conclusiones

Otras consideraciones y retos

Se ha argumentado que la JEP debería implementar los principios y procedimientos descritos en este informe para alcanzar mejor sus objetivos de justicia restaurativa, que son un subconjunto de los objetivos generales de la JEP y de su enfoque procesal mixto. Mientras se espera que estas recomendaciones contribuyan y realcen el impacto del trabajo de la JEP, los autores reconocen que pueden enfrentar algunos obstáculos. Este capítulo final examinará algunas de las cuestiones que surgen como resultado de estas propuestas, cómo intentar resolverlas y qué nos enseñan sobre la justicia restaurativa en general.

La polarización en Colombia y el déficit de legitimidad de la JEP

La referendación del Acuerdo Final en 2016 no ha terminado con la polarización de la sociedad colombiana. Al referendar el Acuerdo, aunque con algunas enmiendas, a pesar del voto negativo en el plebiscito, la administración de Santos posiblemente creó un déficit de legitimidad para la JEP—la creencia de que la JEP no es democráticamente legítima¹⁵². Este déficit de legitimidad se ve agravado por la polarización política en Colombia que divide, en la práctica, a la sociedad en, al menos, dos bandos: aquellos a favor de la justicia restaurativa y los que prefieren ver justicia retributiva. Una narrativa dominante en el sentido de que el Acuerdo de Paz garantiza impunidad a los responsables en lugar de imponer un castigo sólo exacerba este déficit¹⁵³.

Los procedimientos propuestos y los principios que guían este análisis, a pesar de tener las mejores intenciones, podrían realmente empeorar esta situación. En particular, las sugerencias que pretenden hacer avanzar algunos de los objetivos de la justicia restaurativa podrían solidificar la creencia entre algunos colombianos de que la JEP deja a los responsables salir indemnes. El énfasis de este informe en la preparación y el apoyo psicosocial para los responsables podría verse como prueba de que la JEP da más importancia a las necesidades de los responsables que a las de las víctimas. La cautela expresada contra los procedimientos adversariales puede, de igual manera, inspirar la misma crítica. Esos críticos que afirman que la JEP no castiga suficientemente el daño podrían usar básicamente cualquiera de las propuestas de este informe como prueba para apoyar su postura.

152 Marina Aksenova, “The ICC Involvement in Colombia: Walking the Fine Line Between Peace and Justice,” (La Implicación de la CPI en Colombia: Caminando la Fina Línea Entre Paz y Justicia) en *Quality Control in Preliminary Examination: Volumen 1 (Control de Calidad en el Examen Preliminar: Volumen 1)*, eds. Morten Bergsmo y Carsten Stahn (Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2018), 268.

153 Ibid.

Estos problemas de polarización y falta de un amplio apoyo para los procesos de justicia restaurativa no son únicos de Colombia, sino que son síntoma de un problema mayor al que los defensores de la justicia restaurativa deben enfrentarse. Los autores, sin embargo, creen que estos retos se pueden superar. Algunas de las estrategias de comunicación propuestas aquí a la JEP, como demostrar con claridad sus elementos retributivos, pueden ayudar a convencer a los críticos y dismantelar sus argumentos con el tiempo. Pero quizás lo más importante sea que la misma naturaleza mixta de los procedimientos de la JEP es, en muchos sentidos, la mejor defensa contra estas críticas. Al incorporar varias medidas retributivas y punitivas, junto a los elementos de justicia restaurativa, la JEP mediante su propio diseño intenta revertir la polarización y el déficit de legitimidad. La JEP es única en este sentido y el tiempo dirá si su diseño y trabajo son exitosos.

Justicia restaurativa no significa sacrificar el debido proceso

Los principios y los elementos propuestos en este informe conllevan ciertas preocupaciones respecto al debido proceso. Como se menciona en el Capítulo 2, un reto para los procesos de justicia restaurativa es que pueden parecer estar en conflicto con el derecho de debido proceso. Debido a que la JEP debe seleccionar y juzgar macro casos (con una aproximación de crímenes de sistema), inevitablemente se enfrentará al problema de admitir y tratar con un número limitado de responsables y víctimas, implicados en esos casos. Los individuos participantes representarán muestras de todos los individuos implicados en los casos. Sin embargo, esto puede despertar críticas de que la participación y representación son limitadas. De modo similar, el énfasis de este informe en la necesidad de que los comparecientes reconozcan completa responsabilidad en una audiencia pública de reconocimiento, que se refleja en los propios requisitos de la JEP, podría ser criticado sobre la base del debido proceso de que viola la presunción de inocencia. Adicionalmente, la idea de que los comparecientes deberían reconocer completa responsabilidad en la Sala de Reconocimiento antes de la Audiencia Pública despierta una preocupación vinculada a la autoincriminación.

Implementar procesos de justicia restaurativa en la JEP no significa que Colombia renuncie al debido proceso. Como se discutió en el Capítulo 3, Colombia sigue sujeta aún a sus obligaciones bajo el derecho internacional, que incluyen un respeto absoluto al derecho al debido proceso. Asimismo, el Acuerdo Final recuerda este principio al formular la JEP.

La retraumatización, la preparación y poner los derechos de las víctimas en el centro de la JEP

Cualquier proceso que ponga a víctimas y responsables en su centro no puede evitar completamente el riesgo de retraumatización. Aunque se espera que preparar a las víctimas y a los responsables y ofrecerles apoyo psicosocial reducirá la frecuencia de la retraumatización, el riesgo aún existe.

Aunque los encuentros directos e indirectos entre víctimas y responsables en las etapas procesales de la JEP son esenciales para conseguir los objetivos de justicia restaurativa de la Jurisdicción, es igualmente crucial que las víctimas estén preparadas a profundidad y tengan el apoyo psicosocial adecuado. Dicho apoyo es el modo más efectivo de reducir la incidencia de retraumatización sin sacrificar las cualidades potenciales de reconciliación y sanación de la justicia restaurativa.

Por la misma razón, es importante enfatizar que poner a las víctimas y sus derechos en el centro de la JEP no significa que las víctimas deban involucrarse en todos los aspectos de la JEP. Más bien, lo esencial es que cada etapa de la JEP sea diseñada teniendo en cuenta a las víctimas y sus derechos. De hecho, un sistema que pone los derechos de las víctimas en su centro tiene que

contener a las víctimas de participar en ciertas fases. Por ejemplo, un encuentro formal entre una víctima y un responsable que no reconoce responsabilidad seguramente traumatizará más a la víctima. De modo similar, la participación demasiado temprana de las víctimas en el proceso de la JEP puede llevar a una atmósfera hostil que disuade al compareciente de reconocer su responsabilidad, lo cual potencialmente niega a las víctimas los beneficios de la justicia restaurativa. Un enfoque de la justicia restaurativa centrado en la víctima requiere entonces crear un delicado equilibrio entre maximizar la participación de las víctimas y reconocer que dicha participación no puede ocurrir en cada etapa del proceso.

Reflexiones finales

Los colombianos se enfrentan a la tarea trascendental de implementar el Acuerdo de Paz ante la presión internacional e innumerables obstáculos domésticos. Pero los colombianos también han demostrado una y otra vez su determinación de forjar la paz usando su creatividad, dedicación y experiencia. El enfoque mixto procesal de la JEP es un modo imaginativo de abordar los crímenes internacionales a gran escala. Al mismo tiempo que este enfoque responde a varias deficiencias encontradas en los procesos de justicia penal en otros contextos de justicia transicional, la JEP aún tiene sus retos. Este informe ha intentado abordar muchos de estos retos y ofrece algunas recomendaciones para nuevos principios y procedimientos. Si la JEP y, en general, el proceso de paz pretenden ser exitosos, los colombianos tendrán que seguir usando su imaginación procedimental.

ICTJ

Justicia
Verdad
Dignidad



ICTJ Nueva York
50 Broadway, Piso 23
Nueva York, NY 10004
Tel +1 917 637 3800
Fax +1 917 637 3900
www.ictj.org