

Participación de las víctimas en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y la construcción de la esfera pública de duelo

Participation of the victims in the Special Jurisdiction for Peace (JEP) and the building of the public sphere of grief

*David Blanco Cortina**

Fecha de recepción: 7/09/23

Fecha de aprobación: 31/10/23

RESUMEN

El Acuerdo Final para la Paz estableció que los derechos de las víctimas debían ser el eje central de las políticas públicas de transición hacia la paz. Por esta razón, se consagró el principio de centralidad de las víctimas en la Ley 1957 de 2019, Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Sin embargo, en los instrumentos normativos no se definió el grado idóneo de participación de las víctimas en los trámites judiciales ante la JEP. El profesor colombiano García Arboleda (2020) sostiene que debería permitirse a las víctimas los grados más altos de participación en los procesos judiciales, que incluyen el poder de decisión, de veto y de consulta sin veto, con el fin de fortalecer la esfera pública de duelo. En este artículo, discuto esta propuesta para mostrar que es irrazonable. En su lugar, defiendo la alternativa de que los grados intermedios de participación de las víctimas, como la provisión de informa-

ción, participación indirecta y expresión incidental, y, en general, una participación restringida y limitada, pueden contribuir a la consolidación de la esfera pública de duelo, como lo respalda la jurisprudencia transicional sobre la materia.

Palabras clave: grados de participación de víctimas, paz, esfera pública de duelo, JEP.

ABSTRACT

The Final Agreement for Peace indicated that the rights of the victims are the central nucleus of the public policy of transition to the peace. For that reason, different legal instruments of transition declared as a principle the centrality of the victims. Nevertheless, no one of those defined the correct degree of participation of victims in the judicial proceedings in the JEP. The Colombian professor García Arboleda (2020) proposes that it should be the highest grade of intervention of the victims, i.e., makers decision, power

* Abogado (Universidad de Cartagena). Especialista en Justicia, Víctimas y Construcción de Paz, Magister en Derecho y estudios de maestría en Filosofía (Universidad Nacional de Colombia). En la actualidad, se desempeña como magistrado auxiliar en la JEP.

of veto and consulting without veto, to strengthen the public sphere of grief. In this article, I pretend to show that thesis is unacceptable. In the contrary, I defend this alternative: the medium degree of participation of victims, like as provides information, indirect participation, or incidental expression, and, in general,

some kind of limitation of the intervention of the victims could contribute to consolidation of the public sphere of grief, based in the transitional jurisprudence about this matter.

Keywords: degree of participation the victims, peace, public sphere of grief, JEP.

INTRODUCCIÓN

El punto 5 del Acuerdo Final de Paz (2016) (AFP) suscrito entre el Gobierno nacional y la antigua guerrilla de las Farc-EP resalta la importancia que tuvieron las víctimas en el desarrollo del Acuerdo y la necesidad de garantizar y satisfacer sus derechos en el marco de la transición. El AFP se erigió sobre el principio de participación de las víctimas y estipuló que la adopción de medidas de reparación, el esclarecimiento de los hechos y la reconciliación debe contar con la intervención de las víctimas “por diferentes medios y en diferentes momentos” (2016, p. 124). Uno de los mecanismos y escenarios contemplados por el AFP para la participación de las víctimas fue la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), como parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. El Acuerdo señaló que el propósito de “resarcir a las víctimas” y la garantía de sus derechos deben ser ejes nucleares en materia de justicia (2016, p. 144). Por esa razón, deberán “ser oídas” en el transcurso de los procedimientos transicionales (2016, p. 147). La política pública de paz sobre la participación de las víctimas, derivada del AFP, adquirió concreción normativa, entre otros, en los artículos 13 y 14 de la Ley 1957 de 2019, Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz (LEAJEP), en los que se consagró el principio de centralidad y participación efectiva de las víctimas.

De ahí la importancia de la participación de las víctimas en los procesos transicionales como un elemento fundamental en la construcción de la paz. Sin embargo, lo anterior plantea la cuestión sobre el grado idóneo de participación que deben tener las víctimas en los trámites transicionales ante la JEP. Aunque el AFP y la normatividad transicional establecieron los principios regulativos de la participación, no precisaron con exactitud el alcance de dicha intervención. El artículo 14 de la LEAJEP, por ejemplo, señaló que la ley reglamentaría la participación de las víctimas en los trámites conforme a los estándares internacionales, y el parágrafo 2 del artículo 15 indicó, sin determinarlos, que podrían imponerse límites a la intervención de los representantes de las víctimas en cada caso. La pregunta que surge ante este panorama normativo es: ¿cuál es grado de participación en la JEP necesario para considerar satisfechos los derechos de las víctimas y contribuir a la construcción de una paz estable y duradera?

De acuerdo con el profesor Juan Felipe García Arboleda (2020), se debe procurar alcanzar el grado más alto de participación con el fin de consolidar una esfera pública de duelo a partir de los procesos transicionales de la JEP, lo que permitiría la superación del conflicto armado y la curación de las heridas provocadas por la guerra. Según su perspectiva, el diseño del sistema está concebido para garantizar los niveles mínimos de participación en contraste con las amplias facultades de las salas de justicia para organizar de manera eficiente el trabajo judicial. Esto, como ocurrió en la Ley de Justicia y Paz, podría llevarnos a una política de paz *por y para* las víctimas, pero *sin* la participación de estas (García Arboleda, 2013).

Lo que deseo abordar en esta ocasión es la imposibilidad e inconveniencia de postular los niveles más elevados de participación en los procesos de justicia transicional, tales como 1) la capacidad para incidir o tomar decisiones en la JEP, 2) el poder de consulta y veto, e incluso, 3) el poder de consulta sin la posibilidad de vetar las decisiones, que corresponden a los niveles 1, 2, y 3 de participación de las víctimas, en una escala de mayor a menor intervención.

A mi juicio, restringir los niveles de participación no obstaculiza, sino que más bien favorece la consolidación de la esfera pública de duelo que propugna el profesor García Arboleda. Por ello, mi hipótesis es doble: por un lado, sostengo que otorgar a las víctimas el poder de decisión o de veto en las decisiones de la JEP es tanto imposible como indeseable como medidas de participación; por otro lado, defiendo que las restricciones en la participación no socavan la esfera pública de duelo, sino que, al contrario, contribuyen a fortalecerla. Para respaldar mi hipótesis, dividiré el texto en tres secciones. En primer lugar, abordaré críticamente la propuesta del profesor García Arboleda (2013; 2020) y expondré las razones que me llevan a considerarla inadecuada e irrazonable. En segundo lugar, presentaré cómo, a partir de la normatividad y la jurisprudencia transicional, se puede robustecer la esfera pública de duelo con los niveles adecuados de participación de las víctimas. Por último, recapitularé y destacaré las conclusiones principales.

RAZONES DE LA INCONVENIENCIA DE IMPLEMENTAR LOS GRADOS MÁXIMOS DE PARTICIPACIÓN DE VÍCTIMAS EN LA JEP

El profesor García Arboleda (2020) se basa en la teoría de David Taylor (2014) para proponer una graduación de los niveles de participación de las víctimas. Taylor plantea la existencia de dos formas de participación, las directas y las indirectas. Las primeras están compuestas por cuatro modalidades que corresponden a los grados más altos e intermedios de participación, a saber: la posibilidad de incidir o adoptar decisiones (N.1); el poder de consulta y de veto

(N.2); la consulta no vinculante, esto es, sin poder de veto (N.3); y la provisión directa de información (N.4). Las demás están conformadas por la provisión indirecta de participación (N.5); la expresión incidental (N.6); y la participación como meros sujetos de notificación (N.7)¹. La tesis de García Arboleda es que, en etapas como las versiones voluntarias o la priorización de casos ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR) de la JEP, la participación de las víctimas resulta insuficiente, ya que se mantiene entre el N.4 y el N.7. Esto conlleva que las víctimas pierdan confianza en el sistema de justicia y no puedan superar el rezago social mediante la recuperación de la voz en la esfera pública procedimental de los juicios transicionales.

García Arboleda (2020) describe dos “dilemas” interrelacionados de la justicia transicional referidos a los *medios* y los *finés*: 1) el del rito oral vs. el escrito, y 2) la imparcialidad burocrática vs. la sanación emocional como finalidad de los juicios. Por un lado, la oralidad lleva a privilegiar el rol de las víctimas en audiencias orales con la inmediatez de los actos y confrontación entre víctimas y ofensores, mientras que el sistema escritural otorga el rol protagónico a los jueces. Por otro lado, la oralidad presupone una concepción de los juicios como espacios de mediación entre las emociones y las fuerzas sociales, lo cual permite construir una esfera pública de duelo para la sanación de las víctimas al convertir una pérdida individual en una pérdida colectiva y pública. Lo escritural, por el contrario, está pensado para asegurar la racionalidad de la administración burocrática de justicia. García Arboleda considera que debe prevalecer el *rito oral* y la *finalidad emocional* de los juicios transicionales para ampliar y fortalecer la esfera pública de duelo. La noción de esfera pública de duelo fue caracterizada en el libro *El lugar de las víctimas en Colombia* (García Arboleda, 2013).

En ese libro, el autor identificó dos extremos del proceso de duelo *individual* por la pérdida de seres queridos con ocasión del conflicto armado en Colombia. El primer extremo es la negación que supone un conjunto de actitudes en términos de sustituibilidad de la pérdida, es decir, llenar el vacío dejado por el ser querido, pero sin que implique superar su ausencia. Las víctimas en negación adoptan acciones y comportamientos que avivan y ahondan el dolor, como el silencio, la

1 Este escalonamiento corresponde a la interpretación de García Arboleda (2020). La propuesta original de Taylor (2014), que a su vez se basa en la de Edwards (2004), presenta ligeras diferencias, de las cuales destaco dos: 1) Taylor propone seis formas de participación, cuatro directas denominadas poder total como *hacedores de la decisión* (*Full Empowerment: Participation as Decision-Makers*); *participación directa durante la implementación*; *provisión de información*; y *expresión incidental*, y dos indirectas, a saber: la *colaboración indirecta durante la implementación* y *sujetos de notificación*. Por su parte, García Arboleda propone siete niveles de participación. 2) Mientras que, en Taylor, la expresión incidental se encuentra ubicada como último eslabón de la participación directa, en el grado 4, García Arboleda la ubica en el nivel 6, como el penúltimo grado de participación indirecta. Estas diferencias, aunque pueden ser importantes para evaluar la interpretación del profesor colombiano sobre la teoría de la participación, carecen de relevancia para la hipótesis sostenida en el presente texto.

rabia, la venganza y la fijación de la vida en el pasado. El segundo extremo es la aceptación de la pérdida, lugar en el que las víctimas reconocen la singularidad no sustituible del ser amado y, en ese sentido, reclaman el reconocimiento del valor de la vida arrebatada. Miran hacia el futuro en busca de la reconciliación, con el dolor de la ausencia, en un espacio que permita la exaltación de la forma de vida perdida², enarbolar su duelo y la construcción de un horizonte abierto de sentido (García Arboleda, 2013, pp. 57-59).

Estos extremos se pueden identificar en la esfera pública de duelo a nivel *colectivo*, donde es posible, además, detectar tres aspectos: 1) la oscilación entre negación y aceptación de las pérdidas individuales y colectivas; 2) vectores de la memoria (gobierno, víctimas, judicatura, prensa) que instauran patrones discursivos o cadenas de significantes para representar la violencia, configurando lo que debe ser recordado; y 3) los modelos de producción (liberal, unidireccional y multidireccional) de la memoria sobre la violencia en la sociedad (García Arboleda, 2013, p. 135)³.

García Arboleda (2020), con base en una interpretación de las tesis de Feierstein (2015), afirma que la racionalidad de los juicios no debe confiscar la facultad de las víctimas de juzgar los graves crímenes cometidos con ocasión del conflicto. Por ello, se les debe permitir ejercitar el discernimiento para evaluar las acciones consideradas como crímenes atroces en el marco de los procedimientos transicionales. En su criterio, la idea de las víctimas como centro de los procesos de justicia transicional implica que tengan la posibilidad de juzgar en el sentido de condenar, aunque no imponer sanciones o castigos, a efectos de que su pérdida adquiera importancia en la esfera pública y su duelo se convierta en parte esencial de la conversación sobre la reconciliación nacional. Esto presupone que el grado de participación de las víctimas debe oscilar entre N.1 y N.3, es decir, poder de decisión de las víctimas, poder de veto o consulta.

- 2 En el libro se identifican cuatro formas de vida afectadas por el conflicto: la campesina, la indígena y afrodescendiente, la participación en movimientos sociales y la vida urbana en la marginalidad (García Arboleda, 2013, pp. 52-54). Sin embargo, esto deja por fuera otras formas de vida importantes, como, por ejemplo, la de las personas con orientación sexual e identificación de género diversa.
- 3 García Arboleda menciona tres momentos históricos en la construcción de la esfera pública: 1) la aparición de la prensa en la modernidad como una forma de expresión de la sociedad civil en el siglo xviii, que acompañó el triunfo de las revoluciones liberales; 2) la invención de la radio en el siglo xx, que sirvió, en principio, como una vía de expresión de la sociedad civil ante la cooptación parcial de la prensa por los partidos políticos; y 3) la masividad de los distintos medios de comunicación (radio, televisión, etc.) que, una vez cooptados por el poder, generaron una asimetría social en las voces que participan en la conversación pública y la necesidad de democratizar la esfera pública (García Arboleda, 2013, pp. 133-134). Una cuarta fase no contemplada en la propuesta consiste en la posibilidad de que las redes sociales y el internet constituyan el espacio alternativo para las voces excluidas y fortalezcan la esfera pública, en particular, la esfera pública de duelo. García Arboleda aclara que su análisis se limita a la esfera pública de duelo.

La tesis de la confiscación de la facultad de juzgar

Lo primero que se debe señalar es que de las tesis de Feierstein (2015) no se deriva la conclusión que extrae García Arboleda. El autor argentino plantea la hipótesis de la *confiscación de la facultad de juzgar* en la forma de administrar justicia por parte de los jueces, sin pretender sostener que otros operadores deban intervenir en la actividad de juzgamiento. Su planteamiento consiste en que el positivismo jurídico convirtió la tarea del juicio en un procedimiento de subsunción formal para imponer una pena o castigo y anuló la facultad de los jueces de juzgar en sentido moral, es decir, la capacidad de distinguir entre lo bueno y lo malo, entre lo justo y lo injusto. Lo que reivindica Feierstein es que en los juicios deben diferenciarse dos ejercicios: 1) el juzgamiento o facultad de juzgar y 2) la imposición de la pena. El positivismo, al separar la moral del derecho, habría suprimido el primer momento, el momento del juicio. Por eso, se hace necesario recuperarlo:

En los diversos tratados de derecho penal, puede observarse que el juicio (y, por lo tanto, la facultad de juzgar) es reducido a su carácter de ‘medio o procedimiento para arribar a la pena’, alterándose de este modo la relación de determinación lógica entre las dos prácticas (juzgar y sancionar). Se trata de una confiscación de la facultad de juzgar por parte del proceso penal. || La facultad de juzgar es previa a la discusión sobre la pena, ya que el juicio es la primera respuesta que se han planteado las distintas sociedades antes diversos modos de violación del lazo social (o del orden normativo), y que no existe una relación de necesidad entre el juicio y la pena [...]. (Feierstein, 2015, p. 65)

La propuesta de Feierstein consiste en un *iusconstructivismo* que incorpora la moral al derecho y convierte a los jueces en seres pensantes, en el sentido arendtiano del término (Feierstein, 2015, pp. 51-55)⁴. El autor describe a partir de ciertas experiencias históricas momentos de “liberación de la facultad de juzgar” ante “la imposibilidad política”. Por ejemplo, ante los impedimentos para que los jueces juzgaran los crímenes de Estado en Argentina, la sociedad civil llevó a cabo “juicios por la verdad” para condenar públicamente a los perpetradores de las graves violaciones de derechos humanos (Feierstein, 2015, p. 66). Pero de ahí no se sigue que las víctimas o la sociedad civil deban asumir el papel del juez, con grados de participación superlativos, en el marco de los juzgamientos penales de graves crímenes. Basta con que los jueces comprendan que su tarea no es solo imponer una pena, resultado de una subsunción formal, sino que es

4 Feierstein retoma a Arendt para afirmar que “la manifestación del viento del pensar no es el conocimiento; es la capacidad de distinguir lo bueno de lo malo, lo bello de lo feo. Y esto, en los raros momentos en que se ha llegado a un punto crítico, puede prevenir catástrofes, al menos para mí”. El pensar como “el dos en uno del diálogo silencioso” tiene como subproducto la facultad de juzgar particulares (Arendt, 2016, p. 184).

necesario que juzguen las situaciones conforme con las valoraciones morales apropiadas. Son los jueces los que deben recuperar esa facultad de juzgar que, a juicio de Feierstein, fue anulada en el proceso penal por el positivismo jurídico⁵.

La indeseabilidad de los grados altos o máximos de participación de víctimas en trámites judiciales

Aunque aceptemos la interpretación que García Arboleda hace de las propuestas teóricas que cita a su favor, la centralidad de las víctimas como *hacedores de la decisión* resulta indeseable por tres razones fundamentales. En primer lugar, fomentaría lo que Giglioli (2020) denomina el paradigma o la ideología victimista, caracterizado por convertir la condición de víctima en un factor de poder, atractivo para personas que no son víctimas reales, al tiempo que incentiva a las víctimas reales a mantenerse en esa condición sin estimularlas a transformarla o superarla. La víctima se encuentra en una condición de la cual debería liberarse o, en todo caso, en la que no debe permanecer so pretexto de aprovechar sus ventajas. El poder de decisión en procesos transicionales podría cruzar la delgada línea que separa la transformación de la conservación de esa condición, dándole más espacio al conservadurismo victimista. Como escribe Giglioli,

El dispositivo victimista tiene la palabra sin mediación alguna, está presente para sí mismo y no necesita de verificaciones externas: frente a una víctima real, sabemos enseguida qué sentir y pensar. [...] [Frente a la víctima] No tenéis derecho a cualquier tipo de enunciados; solo a los que [le] son favorables, so pena de degradaros a verdugos. (Giglioli, 2020, p. 32)

Los niveles elevados de participación en los trámites transicionales podrían reforzar la “maquina mitológica” del paradigma victimista, manteniendo a la víctima en su minoría de edad por el poder de su posición, ya que “quien está con la víctima no se equivoca nunca” (Giglioli, 2020, p. 11)⁶.

En segundo lugar, el propio García Arboleda, en los estudios empíricos que sustentan su propuesta teórica, identificó porcentajes de sentimientos de odio y

- 5 Incluso, la interpretación que realiza Feierstein (2015) del positivismo jurídico resulta problemática, pero no será objeto de reflexión y crítica en esta ocasión.
- 6 Cabe destacar que el ensayo de Giglioli, aunque polémico, no fue concebido para las víctimas reales, sino que pretende evitar que el “imaginario de la víctima” se convierta en “en un *instrumentum regni* y en el estigma de impotencia e irresponsabilidad que este deja en los dominados”. Por eso, lo dedica “a las víctimas que no quieran seguir siéndolo” (Giglioli, 2020, pp. 14-15) y a aquellos que, no siendo víctimas, encuentran atractivo fingir la condición de víctimas para obtener alguna clase de ventaja o reconocimiento (Cercas, 2014).

deseos de venganza en las víctimas (García Arboleda, 2013, pp. 60-66). Aunque los porcentajes son bajos, la mera posibilidad de que el poder de decisión o veto se base en este tipo de sentimientos o emociones hace indeseable e inconveniente concretar medidas de participación de las víctimas en niveles altos o máximos, como sugiere García Arboleda. En ese sentido, es más razonable mantener niveles intermedios de participación efectiva para evitar que las pasiones entorpezcan la reconciliación, la reincorporación de los perpetradores a la vida civil y, aún más, la facultad de juzgar⁷.

En tercer lugar, los altos grados de participación de las víctimas podrían socavar lo que Hoyos (2018) denomina la “reconciliación con cuerpo” en contextos de victimización múltiple, asimétrica y horizontal, como ocurre en el caso colombiano. La reconciliación con cuerpo implica el reconocimiento por parte del perpetrador de que sus acciones son inaceptables y merecen reproche y sanción, así como la reparación material y simbólica de las víctimas (Hoyos, 2018, p. 373)⁸. Sin embargo, cuando la victimización es extensa y amorfa, los elementos de la reconciliación con cuerpo deben flexibilizarse para dar lugar a la recomposición de perspectivas que permitan la reconstrucción multidireccional de la verdad y una reparación adecuada teniendo en cuenta las limitaciones técnicas y físicas. El poder de decisión o veto otorgado a las víctimas en trámites transicionales dificultaría ese proceso, ya que habilitaría un espacio en el cual voces indiferenciadas asumirían el papel de vengadores, sin el beneficio de la reconciliación⁹. Por las razones expuestas, considero que los altos grados de participación de las víctimas resultan irrazonables, aunque en principio pueda parecer atractivo conceder mayores poderes de voz, voto y veto a quienes han padecido las atrocidades de la violencia armada.

De hecho, la institucionalización de la justicia transicional permite canalizar las emociones de las víctimas de manera diferente. Tal vez, los grados altos de

7 La alusión a grados medios de participación no se circunscribe estrictamente a la provisión de información, participación indirecta, expresión incidental o sujetos de notificación. Los grados medios hacen referencia, en general, a cualquier restricción o limitante a la participación de las víctimas en los trámites judiciales ante la JEP.

8 El profesor Hoyos agrega un tercer elemento: la transformación institucional profunda para desaparecer, eliminar o reducir las causas estructurales que dieron lugar al conflicto y la violencia armada (Hoyos, 2018, p. 374). La propuesta de Hoyos sigue de cerca la de Minow (2002).

9 Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, núm. 4.1.11. En palabras del alto Tribunal, “[d]ebido a la masividad de las violaciones, son millones las víctimas que pretenden participar en el sistema penal transicional, lo que podría tener como consecuencia el bloqueo de los procesos y, por ende, una demora considerable en su resolución. Así, tratándose de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia a todas las víctimas producidas en el marco del conflicto armado, se podría generar una vulneración de otros derechos, entre ellos el debido proceso, en tanto es imposible, en un marco transicional, dar respuesta de manera absoluta y en un plazo razonable a todas las solicitudes de las víctimas como intervinientes especiales. [...] La congestión del proceso penal con cientos de solicitudes puede colapsar la capacidad de la jurisdicción para responder oportunamente las mismas [...]. El impacto se agrava dada la transitoriedad de los mecanismos penales en un modelo holístico transicional”.

participación estarían justificados si no existiera institucionalidad transicional. El resentimiento, como una emoción natural de las víctimas, según declara con franqueza Améry (2013), es una guía válida cuando la comunidad, que solo atiende a su propia seguridad, pretende mirar hacia adelante sin reparar en las profundas consecuencias del daño causado a las víctimas. En ese escenario, el resentimiento existe “con el objeto de que el delito adquiera realidad moral para el criminal, con el objeto de que se vea obligado a enfrentar la verdad de su crimen” (Améry, 2013, p. 151). El paso del tiempo no puede servir de aliciente para las víctimas, quienes deben protestar y “rebelarse contra lo real”, ejerciendo su capacidad de resistencia moral: “el hombre moral exige la suspensión del tiempo; en nuestro caso, responsabilizando al criminal de su crimen. De esa guisa, este último podrá, consumada la reversión del tiempo, relacionarse con la víctima como semejante” (Améry, 2013, p. 153).

La justicia transicional está instituida, entre otros objetivos, con la finalidad de que el perpetrador recupere su capacidad moral de juzgar como un mal irreparable el daño que ocasionó y de que las víctimas recuperen el valor moral menoscabado con la violencia. De ese modo, ambos podrán verse como iguales en términos morales (De Gamboa y Herrera, 2019). Para ello, confía la justicia a un tercero imparcial que arbitre las emociones en juego y las canalice por las rutas debidas, sin que se inviertan los términos del proceso de victimización. Las víctimas podrán superar así el resentimiento hacia una *reconciliación con cuerpo*, que en ningún caso las invisibilice. Entonces, el resentimiento puede dar paso a otras emociones a través de lo que Améry llama “‘despachar’ el rencor reactivo” (Améry, 2013, p. 166). He allí uno de los eventuales beneficios de los grados medios de participación de las víctimas en sede de la justicia transicional.

La irrazonabilidad de los grados altos o máximos de la participación de las víctimas en procedimientos transicionales

Por otro lado, la propuesta de García Arboleda como marco de acción para la política pública de participación de víctimas parece irrealizable. En primer lugar, razones de eficacia hablan en contra de esa opción. La JEP, como toda justicia transicional, está concebida para administrar justicia durante un periodo limitado en el que debe resolver la situación jurídica de miles de personas, víctimas y victimarios, lo que la LEAJEP ha denominado “el principio de estricta temporalidad” (LEAJEP, art. 34). Esta condición connatural a la justicia transicional revela la imposibilidad de conceder poderes de decisión o de veto a las víctimas que puedan ralentizar la función de la judicatura. Sin la estricta temporalidad,

serían realizables los grados altos de participación, ya que habría tiempo y espacio para ordenar las múltiples intervenciones y gestionarlas hasta alcanzar niveles óptimos de veto o decisiones no viciadas de parte de las víctimas (Nussbaum, 2022¹⁰). Sin embargo, un signo evidente del fracaso de una justicia transicional sería su conversión en una justicia de carácter permanente, a lo que podría llevar la implementación del nivel 1 y 2 en la escala de participación. Por lo anterior, considero que el concepto mismo de justicia transicional, como juzgamientos temporales guiados por los principios de priorización y selección de los patrones macrocriminales que agrupan los crímenes más graves y representativos (LEAJEP, art. 19), impide revestir de poder absoluto a las víctimas.

En segundo lugar, los juicios de transición no solo deben satisfacer los derechos de las víctimas, sino que también deben respetar las garantías procesales mínimas de los perpetradores y asegurar su reintegración. La participación alta o máxima implicaría que las víctimas juzgarían a sus verdugos y, aunque esa alternativa apela a intuiciones básicas de moralidad, ello anularía la posibilidad de un juicio imparcial. Con buen tino, Feierstein anota que la facultad de juzgar también le corresponde a los perpetradores respecto de sus propios actos para evaluar el daño causado y “restablecer su lazo social con el conjunto” (Feierstein, 2015, p. 53). El espacio para ese ejercicio de parte de los ofensores debe estar protegido por las garantías procesales, entre ellas, la imparcialidad del juicio de un tercero. No se trata de neutralidad valorativa, sino de juzgamientos a la luz de la razón no distorsionada por las *Furias* o *Erinias*, tal como las escenificó Esquilo (2011). Ambos elementos resultan incompatibles: poder de decisión de las víctimas e imparcialidad de los juicios, lo que destaca una vez más lo irrealizable de la propuesta de García Arboleda.

LA ESFERA PÚBLICA DE DUELO Y LA PARTICIPACIÓN LIMITADA O RESTRINGIDA DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PROCEDIMIENTOS TRANSICIONALES DE LA JEP

Hasta aquí he justificado la primera parte de mi hipótesis. Ahora me ocuparé de la segunda. García Arboleda planteó una relación necesaria entre grados altos de participación y la esfera pública de duelo de las víctimas. Al parecer, en su opinión, sin lo uno no cabría lo otro. Creo que, en este punto, el dilema

10 Nussbaum reconoce que uno de los vicios de las víctimas es lo que podría denominarse la “ira punitiva”. En cambio, según la autora, debería fomentarse la “ira transicional” que mire hacia el futuro y se enfoque en aquello que puede unirnos, con base en un “amor radical”, sin ánimos revanchistas (una idea que ya había desarrollado en Nussbaum, 2018). Los grados intermedios de participación de las víctimas en los trámites judiciales transicionales evitan que los juicios de los responsables sean guiados por la ira punitiva y actúan sobre las víctimas para contenerla y transformarla en ira transicional.

formulado por el profesor colombiano carece de sustento. Un dilema supone una elección trágica entre dos alternativas incompatibles: la decisión implica el sacrificio de alguno de los cuernos del dilema (Martínez, 2008; Zucca *et al.*, 2011). Sin embargo, la participación de las víctimas en la JEP no se ajusta a esta descripción. Por una parte, lo que García Arboleda intitula la finalidad racional o burocrática de los juicios no es incompatible con la centralidad de las víctimas y la esfera pública de duelo. Por otra parte, restricciones en la participación de las víctimas podrían contribuir a afianzar la esfera pública de duelo, en lugar de socavarla, de dos maneras que intentaré a explicar.

Puede existir una opción intermedia, que es la vía adoptada por la JEP: asegurar la imparcialidad de los juicios al tiempo que se le da un rol protagónico a las víctimas. Una muestra de ello son las audiencias de reconocimiento de responsabilidad: la SRVR dicta autos en los que determina los hechos e imputa responsabilidades, como muestra de *racionalidad burocrática*, y luego convoca una audiencia pública de reconocimiento en la que las víctimas, con restricciones en el número de personas que participan, en el tiempo y en la modalidad del discurso, encaran a los perpetradores y expresan sus sentimientos y emociones derivadas de la pérdida de su ser querido. Esto permite destacar en la esfera pública que toda vida es digna de duelo (Butler, 2010) y coadyuva a la sanación de emociones, una de las preocupaciones de García Arboleda¹¹. Es dable afirmar entonces que, si se omite la consideración de posibilidades intermedias entre los extremos, se puede incurrir en un falso dilema, como sucede en esta ocasión con el planteamiento del autor colombiano¹².

- 11 "Según Butler, un enfoque igualitario del valor de la vida supone resolver el problema de la distribución diferenciada de la dualidad, lo cual implica asumir que se debe predicar la cualidad de ser "duelable" de toda vida humana. Es decir "que quede claro que la vida de uno importa, que la pérdida de tu vida importaría; que tu cuerpo será tratado como el de alguien capaz de vivir y desarrollarse, alguien cuya precariedad debería minimizarse" (2020, pp. 76-77). La justicia transicional debe ser concebida como una instancia educadora para promover la presunción de que toda vida importa y su daño o pérdida merece ser llorada, esto es, instituir y constitucionalizar el principio de "igual dualidad". En ese sentido, el carácter transformador de la justicia transicional exige la proyección y conservación de ciertos elementos transicionales en la administración de justicia penal ordinaria, y, además, la garantía de la pluralidad de esferas públicas de duelo con diferentes grados de participación de las víctimas. Así, en los espacios jurídico-institucionales el grado de participación puede ser intermedio, mientras que en escenarios públicos menos formalizados y más deliberantes, como la construcción de políticas públicas de paz, reconciliación y de reparación o del Plan Nacional de Desarrollo, puede ser alto".
- 12 Lo mismo podría decirse del supuesto dilema entre lo escritural y lo oral. La JEP ha combinado ambas formas de administrar justicia transicional. Pero no me ocuparé de desarrollar este aspecto en esta oportunidad.

Restricciones a la participación de las víctimas y depuración de la esfera pública de duelo

Imponer restricciones a la participación de las víctimas en el procedimiento transicional ayuda depurar la esfera pública de duelo y pluraliza los espacios de construcción de memoria y manifestación del dolor para su superación, sin que la vida pública se vea colmada por la lógica judicial. La depuración de la esfera pública de duelo, con base en restricciones de participación en trámites judiciales, consiste en evitar que las víctimas reales sean sustituidas por víctimas ficticias que solo aspiran a esa condición por las ventajas que representa. Por ejemplo, el proceso de acreditación de víctimas en la JEP se funda en restrictores básicos para cerciorarse no solo de que se trata de una víctima del conflicto armado, sino que además está legitimada para participar en alguno de los macrocasos o trámites adelantados por la JEP.

En el auto TP-SA 1125 de 2022 (Campo Rodríguez), la Sección de Apelación (SA) de la JEP, con base en las normas transicionales sobre la materia, fijó varios parámetros para la acreditación de las víctimas. El primero de ellos consistió en el principio *in dubio pro-víctima* como criterio para resolver tensiones o dudas en relación con las víctimas que solicitan su acreditación en algún trámite transicional, siempre que otro valor o principio transicional no se vea menoscabado (párr. 23). El segundo fue la imposición de una carga mínima a nivel argumentativo y probatorio para la acreditación, compuesta de tres elementos: que exista un proceso o trámite en la JEP, la manifestación de la víctima de querer intervenir en él, y prueba siquiera sumaria de que los hechos victimizantes tienen relación con la conducta investigada por la JEP (párr. 24). El tercer parámetro estableció la libertad probatoria para cumplir el requisito de la prueba sumaria (párr. 25). La SA aclaró que la JEP no tiene competencia para reconocer víctimas del conflicto armado de forma genérica o abstracta, sino que la acreditación debe estar asociada a un proceso judicial adelantado en la Justicia Especial para la Paz. Lo anterior no implica que las víctimas reales no acreditadas por la JEP pierdan esa condición, solo que no podrán intervenir en los procedimientos transicionales (párr. 33-37).

Este conjunto de parámetros sirvió de base para descartar la solicitud de acreditación como víctimas de los familiares de uno de los comparecientes a la JEP, ya que los hechos victimizantes y la prueba sumaria no evidenciaban ninguna relación con el conflicto armado. La esposa y la suegra del señor Hugo Aguilar Naranjo no pudieron acceder al reconocimiento como supuestas víctimas de su familiar por incumplir los requisitos de acreditación, en tanto los hechos victimizantes descritos no guardaban relación directa o indirecta con el conflicto armado (auto TP-SA 1127 de 2022, familiares de Hugo Aguilar). De este modo,

las restricciones en el proceso de acreditación de víctimas contribuyen a que la esfera pública de duelo no se vea invadida o contaminada por víctimas ficticias que pretenden obtener provecho de esa condición sin haber padecido un daño real con ocasión de la violencia armada. Por consiguiente, las restricciones o limitantes para la participación de víctimas no afectan *per se* la esfera pública de duelo, sino que pueden propender por su protección y afianzamiento.

En el mismo sentido, fue relevante lo resuelto en el auto TP-SA 502 de 2020 (L.C.M.I.). En esa ocasión, la SA se pronunció sobre las pretensiones de una mujer víctima de violencia sexual que solicitó su acreditación en el macrocaso 005, adelantado por la SRVR. La Sala de Reconocimiento negó la acreditación debido a que los hechos, ocurridos entre 1985 y 1986, excedían el marco temporal de la priorización del macrocaso, centrado en los crímenes más graves relacionados con el conflicto armado acontecidos en la región del norte del Cauca y del sur del Valle del Cauca, entre 1993 y 2016. La SA confirmó la negativa de la acreditación en el macrocaso 005, pero presentó una moción judicial para la apertura de un caso que abordara el fenómeno de la violencia sexual en el conflicto armado colombiano y permitiera la acreditación como víctima de la solicitante. De esta manera, se preservaron los marcos estrictos de la priorización para no dislocar los límites del procesamiento en el macrocaso 005, al tiempo que se aseguró un espacio para atender las pretensiones de la víctima. Mediante este enfoque, se delimitó la esfera pública construida a partir de los macrocasos abiertos por la SRVR para que las víctimas obtengan, en cada línea de procesamiento, la acreditación correspondiente, sin crear falsas expectativas en relación con aquellos casos que no estén incluidos en los macrocasos. La racionalidad burocrática de la administración de justicia transicional y la finalidad de sanación emocional pueden ir de la mano, en lugar de representar una franca oposición¹³.

Restricciones a la participación de las víctimas y pluralidad de la esfera pública de duelo

La SA ha reconocido la centralidad de las víctimas, pero también ha precisado que, en aras de la eficiencia en la administración de justicia, la intervención de

13 Es importante señalar, en todo caso, que existen procedimientos judiciales transicionales en los cuales la participación de las víctimas alcanza niveles elevados, como la consulta sin veto. Un ejemplo de ello son los casos de sometimiento de comparecientes voluntarios (terceros civiles y agente del Estado no integrantes de la Fuerza Pública), quienes deben presentar, como requisito de admisión, un compromiso claro, concreto y programado, cuya aprobación está sujeta a un trámite dialógico con las víctimas y el Ministerio Público. Aunque las víctimas no pueden vetar el sometimiento, sí tienen la capacidad de influir en la admisión del compareciente, si bien la decisión final recae en manos del juez transicional. Ver, entre otros, los autos TP-SA 1036, 1147, 1160 y 1220 de 2022, así como la sentencia TP-SA Senit 1 de 2019.

las víctimas debe ser proporcional en intensidad y extensión, de acuerdo con el momento procesal (sentencia interpretativa TP-SA Senit 1 de 2019, párr. 74). Esta concepción ponderada de la participación en procedimientos transicionales obliga a las víctimas a recurrir a otros espacios para construir memoria, recordar su pérdida e intervenir en la esfera pública para convertir el daño sufrido en una cuestión colectiva y de interés público. García Arboleda (2013) identifica como espacios de duelo las conmemoraciones locales y nacionales sobre los sucesos que afectaron a una comunidad o forma de vida en particular. Restringir la participación en los procesos judiciales genera, a contrapelo, que las víctimas colonicen otros lugares para que su voz sea escuchada y no se limite al reconocimiento judicial.

La vida pública, en ese sentido, se enriquece con la intervención de diferentes discursos procedentes de distintos lugares de enunciación, y el discurso judicial apenas figura como uno entre los múltiples vectores que participan en la conversación sobre la memoria y el duelo de las víctimas, sin pretensiones omnicomprendivas. En lugar de socavar la esfera pública de duelo, los grados medios e incluso mínimos de participación de las víctimas en los trámites judiciales transicionales representan un enriquecimiento de la esfera pública a través de la necesaria intervención de las víctimas en diversos y variados espacios, prescindiendo de las formalidades judiciales.

La figura del sujeto con interés procesal concreto, introducida en la jurisprudencia transicional mediante la sentencia interpretativa TP-SA Senit 3 de 2022, se orienta hacia ese objetivo¹⁴. Las víctimas solo pueden ser acreditadas una vez que la JEP ha verificado los factores competenciales (temporal, personal y material) respecto de un asunto en particular. Sin embargo, esto no limita la posibilidad de participación antes de dicha actuación procesal. Aunque la acreditación no proceda antes de la asunción de competencia, durante el trámite preliminar, las víctimas pueden intervenir como sujetos con interés procesal concreto en el procedimiento. Esto amplía los espacios de participación en sede transicional y contribuye a la pluralidad de la esfera pública de duelo. Es decir, la JEP puede constatar que no se cumplen los factores competenciales o que algún otro requisito para la competencia no se ha satisfecho y, en consecuencia, rechazar el caso. No obstante, esto no impide que las víctimas participen en el trámite preliminar y, en caso de rechazo del asunto por incompetencia, puedan hacer valer sus pretensiones de verdad y justicia en escenarios distintos a los judiciales o, en su defecto, si aún no lo han hecho, en el foro judicial ordinario. Se reconoce el interés del sujeto, el cual puede tramitarse por otras vías o espacios de la esfera pública, en caso de que la JEP no asuma competencia. De este modo, la figura del sujeto con interés procesal concreto se convierte un dispositivo amplificador de la participación de las víctimas por dos vías: permitiendo su intervención antes

14 Ver también auto TP-SA 1357 de 2023, párr. 24-35.

de asumir competencia y reconociendo que el interés legítimo de la víctima puede ser postulado más allá del estrecho ámbito procesal, si el caso no es de competencia de la JEP.

Giglioli destaca que “hablar” es para las víctimas “la primera forma de *agency*”, pero cuando el discurso se impone como un imperativo de ley se trasplanta la lógica judicial a la vida civil y, además, se reduce su intervención a una declaración de parte: “subidas al estrado, hasta las víctimas más verdaderas devienen en representantes de sí mismas: aquí estamos para el nosotros, para el vosotros que fuimos, dueños de la vida de otro” (Giglioli, 2020, p. 20). En el mismo sentido, Medina Aguilar (2013) resalta que las construcciones de lo local en Colombia están mediadas por la retórica de los derechos y, en particular, de los derechos de las víctimas. Es posible que, si se despoja del referente normativo como punto de partida, las expectativas y los discursos de las víctimas aparezcan poblados de otros pilares y salgan a flote otras boyas culturales. Por ello, quienes construyen y ponen en marcha la política pública de paz y de atención a las víctimas deben ocuparse en atender contextos diferentes a la administración de justicia transicional. Las restricciones en la participación de víctimas en materia judicial pueden redirigirse para fortalecer otros espacios de la esfera pública de duelo.

RECAPITULACIÓN

La política pública de paz, que comprende la participación de las víctimas en los procedimientos transicionales de la JEP y está consagrada en la normatividad y la jurisprudencia transicional, implica distintos límites y restricciones a la intervención de las víctimas en los trámites judiciales. He analizado la propuesta del profesor García Arboleda sobre ampliar o maximizar los grados de participación de las víctimas para mostrar la irrazonabilidad e indeseabilidad de tal propuesta. El autor colombiano planteó diferentes razones con miras a construir y salvaguardar la esfera pública de duelo, destacando el imperativo moral de darles a las víctimas poder de decisión o de veto, y no solo espacios de intervención indirecta en los procedimientos ante la JEP.

Con ese objetivo, he planteado tres razones de inconveniencia que impiden conceder poder de decisión o veto a las víctimas en los trámites ante la JEP: 1) la expansión del paradigma victimista según la caracterización de Giglioli (2020); 2) la posibilidad de que los juicios o juzgamientos estén impregnados de deseos de venganza u odio, sin el prurito de la reconciliación; y 3) la dificultad de alcanzar la idea de la reconciliación con cuerpo (Hoyos, 2018) en contextos de victimización múltiple y horizontal como el colombiano. Además, he destacado dos razones adicionales para mostrar la imposibilidad conceptual y normativa del planteamiento de García Arboleda: 1) la estricta temporalidad de la justicia

transicional como característica fundamental de las transiciones, y 2) la necesidad de cumplir con estándares constitucionales de garantías procesales de los perpetradores, como la imparcialidad del juicio.

En un segundo momento, me ocupé de justificar tres aspectos para desvirtuar la relación de necesidad que parece postular García Arboleda entre grados altos de participación y la esfera pública de duelo. En ese sentido, de la mano de la normatividad y la jurisprudencia transicional, destaqué que las restricciones en la participación judicial de las víctimas, o los niveles medios o mínimos de participación, pueden tener efectos beneficiosos para la esfera pública de duelo. Por un lado, ayudan a depurar la esfera pública de duelo para que el dolor de las víctimas reales no sea burlado por víctimas ficticias. Por otro lado, obligan a fortalecer otros espacios para la expresión del duelo de las víctimas y modos variados de intervención en la vida civil. Los dilemas planteados por García Arboleda se revelaron carentes de sustento: los juicios transicionales pueden y deben asegurar la imparcialidad o la llamada *racionalidad burocrática*, al mismo tiempo que satisfacen los derechos de participación efectiva y la centralidad de las víctimas.

La justicia transicional no puede procesar y juzgar a todos los ofensores durante más de 50 años de conflicto armado. Por ello, debe aplicar criterios de priorización y selección en relación con los casos más graves y representativos. Asimismo, debe aplicar criterios de proporcionalidad y razonabilidad para permitir y gestionar la participación de las víctimas en los trámites judiciales. La posibilidad de reconocer grados altos o máximos de participación de las víctimas en contextos de justicia transicional como el colombiano debe ponderarse con los criterios de eficacia y eficiencia en la administración de justicia para lograr un equilibrio entre ambos valores de relevancia constitucional. Los grados medios de participación permiten lograr un punto óptimo de satisfacción de las pretensiones axiales en juego, sin que se advierta una intervención intensa que anule alguno de ellos.

REFERENCIAS

- Améry, J. (2013). *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*. Pre-Textos.
- Arendt, H. (2016). El pensar y las reflexiones morales. En *Responsabilidad y juicio* (pp. 161-185). Paidós.
- Butler, J. (2010). *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*. Paidós.
- Butler, Judith (2020). *La fuerza de la no violencia*. Paidós.

- Cercas, J. (2014). *El impostor*. Random House.
- Congreso de Colombia. (2019, 6 de junio). Ley 1957 de 2019: Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. DO: 50 976.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2018, 15 de agosto). Sentencia C-080/18. [M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo].
- De Gamboa, C. y Herrera, W. (2019). Las disculpas políticas y su propósito en la justicia transicional. En *Cartografías del mal. Los contextos violentos de nuestro tiempo* (pp. 175-208). Siglo del Hombre Editores.
- Edwards, I. (2004). An Ambiguous Participant: The Crime Victim and Criminal Decision-Making. *British Journal of Criminology*, 44, 967-982.
- Esquilo (2011). Orestía. En *Tragedias*. Alianza.
- Feierstein, D. (2015). *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Fondo de Cultura Económica.
- García Arboleda, J. (2013). *El lugar de las víctimas en Colombia*. Temis.
- García Arboleda, J. (2020, 9 de noviembre). *Ciclo de Conversatorios. Aportes de Justicia y Paz para la JEP. Sesión 4*. JEP-Universidad Nacional de Colombia.
- Giglioli, D. (2020). *Crítica de la víctima*. Herder.
- Gobierno de Colombia y Farc-EP. (2016, 24 de noviembre). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*. https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=ofpYAO
- Hoyos, L. E. (2018). Reconciliación con cuerpo. En *Justicia transicional y derecho penal internacional* (pp. 363-376). Siglo del Hombre Editores.
- Martínez, D. (2008). Dilemas morales y derecho. *Discusiones*, 8, 17-54. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2008.2631>
- Medina Aguilar, C. (2013). Prólogo. En J. F. García, *El lugar de las víctimas en Colombia* (pp. 1-11). Temis.
- Minow, M. (2002). *Breaking the Cycles of Hatred. Memory, Law, and Repair*. Princeton University.

Nussbaum, M. (2018). *La ira y el perdón*. Fondo de Cultura Económica.

Nussbaum, M. (2022). *Ciudadelas de la soberbia*. Paidós.

Taylor, D. (2014). Victim Participation in Transitional Justice Mechanisms: ¿Real Power or Empty Ritual? Impunity Watch. https://www.impunitywatch.org/wp-content/uploads/2022/08/DiscussionPaper_Victim_Participation_in_Transitional_Justice_2014_eng-1.pdf

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. (2019, 3 de abril). Sentencia interpretativa TP-SA Senit 1 de 2019.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. (2020, 4 de marzo). Auto TP-SA 502 de 2020.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. (2022, 16 de febrero). Auto TP-SA 1036 de 2022.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. (2022, 18 de mayo). Auto TP-SA 1127 de 2022.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. (2022, 21 de diciembre). Sentencia interpretativa TP-SA Senit 3 de 2022.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. (2022, 4 de mayo). Auto TP-SA 1125 de 2022.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. (2022, 5 de julio). Auto TP-SA 1160 de 2022.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. (2022, 7 de septiembre). Auto TP-SA 1220 de 2022.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. (2022, 8 de junio). Auto TP-SA 1147 de 2022.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. (2023, 15 de febrero). Auto TP-SA 1357 de 2023.

Zucca, L., Lariguet, G., Martínez Zorrilla, D. y Álvarez, S. (2011). *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*. Marcial Pons.