

La justicia transicional-restaurativa en Colombia a luz de culturas jurídicas basadas en el cuidado y la sanación

*Laetitia Braconnier Moreno*¹

*Elsa Patricia Romero*²

Resumen:

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), creada por el Acuerdo de Paz colombiano de 2016, establece un procedimiento restaurativo y sanciones diferentes a la cárcel para autores de crímenes de lesa humanidad. Este sistema innovador y aún poco conocido, encaminado a garantizar los derechos de las víctimas, constituye una apuesta que divide. La aplicación de un enfoque penal principalmente punitivo es difícilmente cuestionable, con mayor razón en el caso de crímenes tan graves. No obstante, en culturas jurídicas diferentes de este sistema hegemónico, encontramos que la sanción no se centra en el castigo, sino que reviste otros significados. Con el fin de aportar claves de lectura sobre dicha justicia transicional-restaurativa de la JEP, este artículo ahonda en culturas jurídicas muchas veces marginalizadas que resultan ser inspiradoras en la justicia para la paz colombiana. Se recurrió para este estudio al derecho comparado, a entrevistas y a observaciones realizadas desde el marco teórico de un pluralismo jurídico radical.

¹ Doctoranda en la Universidad Nacional de Colombia (EILUSOS) y en la Universidad Paris Nanterre (CREDOF). Abogada y titular de una Maestría en Derechos Humanos. Fue becada-coordinadora del Instituto de las Américas en Bogotá y es copresidenta de la Comisión Justicia Transicional de la Asociación de Juristas Franco-Colombianos. lbraconnier@unal.edu.co.

² Doctora en derecho público de la Universidad de Aix-Marsella, Francia, su trabajo investigativo y profesional discurre en temas de justicia transicional, DIDH y DIH. Miembro de la Asociación de Juristas franco- colombianos, trabaja actualmente en la Alta Consejería de Paz, Víctimas y Reconciliación de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. epatrc@gmail.com

Abstract:

The Special Jurisdiction for Peace (JEP), created by the 2016 Colombian Peace Agreement, establishes a restorative procedure and sanctions other than imprisonment for perpetrators of crimes against humanity. This innovative and still little-known system, aimed at guaranteeing the rights of victims, constitutes a divisive bet. The application of a primarily punitive criminal approach is hardly questionable, even more so in the case of such serious crimes. However, in legal cultures different from this hegemonic system, we find that the sanction does not focus on punishment but takes on other meanings. In order to provide key insights into the transitional-restorative justice of the SJP, this article delves into legal cultures that have often been marginalized and that inspire Colombian justice for peace. For this study, comparative law, interviews and observations made from the theoretical framework of radical legal pluralism were used.

Palabras claves: Justicia transicional; Jurisdicción Especial para la Paz; justicia restaurativa; pluralismo jurídico; ética del cuidado; teorías feministas, antropología de la justicia; sanción

Keywords: Transitional justice; Special Jurisdiction for Peace; restorative justice; legal pluralism; ethics of care; feminist theory; anthropology of justice; sanction.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	217
I. LA SANCIÓN PROPIA: CLAVE PARA LA RECONCILIACIÓN Y EXPRESIÓN DEL SISTEMA RESTAURATIVO	220
1.1. La sanción propia como punto de encuentro entre justicia transicional y restaurativa 220	
1.2. Los acuerdos sobre las sanciones restaurativas y reparatoras.....	224
2. LA CONNIVENCIA ENTRE LAS JUSTICIAS INDÍGENAS Y TRANSICIONAL HACIA UNA JUSTICIA QUE SANA	227
2.1. El ingreso de las justicias indígenas en la justicia transicional	227
2.2. Diálogos entre jueces transicionales e indígenas.....	230
2.3. Impacto de prácticas indígenas restaurativas en la JEP	232
2.4. El contenido reparator de la sanción	234
III. UNA TRANSICIÓN HACIA UNA JUSTICIA DEL CUIDADO	237
3.1. La ética del cuidado y la justicia restaurativa.....	238
3.2. El cuidado para un proceso sanador.....	240
3.3. Reconciliación y sanción.....	241
A MODO DE CONCLUSIÓN	242
REFERENCIAS:.....	244

INTRODUCCIÓN

Una de las principales novedades del Acuerdo de Paz colombiano firmado en 2016 entre el Estado colombiano, en cabeza del Gobierno de Juan Manuel Santos, y la antigua guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), son las “sanciones propias”. Este elemento del sistema transicional colombiano puede considerarse un aporte a la justicia transicional, entendida como la rama del derecho que engloba mecanismos judiciales y extrajudiciales destinados a restablecer los derechos de víctimas después de un conflicto armado o un régimen dictatorial, y a juzgar a los responsables de violaciones masivas en contra de derechos humanos.

Concretamente, las “sanciones propias” inventadas en el contexto transicional colombiano son penas que comprenden alguna restricción de derechos y libertades no constitutiva de pena de prisión, cuya característica particular es que detentan una función reparadora y restauradora (Ley 1957 de 2019, art. 126). Estas sanciones, de una duración de 5 a 8 años, son impuestas a personas que hayan cometido crímenes graves en el marco del conflicto armado y hayan reconocido responsabilidad y aportado verdad detallada, plena y exhaustiva en cuanto a los crímenes cometidos.

Las mencionadas sanciones, en paralelo con las sanciones “alternativas” y “ordinarias” (Ley 1957 de 2019, art. 128 y 130)³, son la parte más visible de un modelo de justicia transicional construido en base a un paradigma orientador de justicia restaurativa (Gutiérrez, 2021). Este consiste en privilegiar la armonía, restablecer las relaciones de la sociedad, la restauración del daño causado y la garantía de los derechos de las futuras generaciones (Ley 1957 de 2019, artículo 4)⁴.

Dicho sistema tiene por objetivo procesar los crímenes más graves y representativos cometidos con ocasión o a causa del conflicto armado. Para tal efecto, recurre a mecanismos restaurativos y de priorización de casos. El recurso a este sistema excepcional se explica, en primer lugar, por el altísimo índice de impunidad en lo que concierne los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, consecuencia de debilidades estructurales del sistema de justicia, de la corrupción y de la ausencia de recursos; y, en segundo lugar, porque los sistemas

³ El artículo 128 de la Ley Estatutaria las señala como las penas privativas de la libertad que tienen una finalidad retributiva, en los casos en que los comparecientes hayan reconocido responsabilidad y hayan aportado a la verdad de forma detallada, plena y exhaustiva de manera tardía. Por su parte, el artículo 130 de la misma normativa, establece que las penas ordinarias son aquellas privativas de la libertad para comparecientes que no hayan reconocido responsabilidad, ni hayan aportado a la verdad. Estas penas buscarían los fines de la pena en un proceso penal ordinario.

⁴ El acuerdo final de paz aborda el paradigma orientador de la siguiente manera “... busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido”.

ordinarios de justicia penal resultan ser insuficientes para lidiar con estos contextos de violaciones graves cometidas de forma sistemática y masiva (Romero, 2017).

La JEP da apertura entonces a los llamados "macro casos", priorizando la investigación de los crímenes más graves y representativos del conflicto armado colombiano. Sigue de esta manera la lógica clásica de la justicia transicional, la cual concentra los medios de la justicia en algunos casos. Al mismo tiempo pretende favorecer el derecho de las víctimas a la verdad y la posibilidad de una convivencia pacífica entre las partes del conflicto, más que la condena individual de todos los responsables. Así mismo, los ejecutores que no hayan jugado un papel decisivo en la comisión de estas atrocidades, ya sean soldados o exguerrilleros de base, pueden, por su parte, ser amnistiados tras un rápido procedimiento ante el tribunal⁵.

Ahora bien, recordemos que esta jurisdicción es competente para juzgar a los exintegrantes de la guerrilla de las FARC firmantes del Acuerdo de paz, miembros de la fuerza pública, otros agentes del Estado y terceros civiles. Como particularidad, estas dos últimas categorías pueden acudir a la JEP de forma voluntaria (JEP, 2010, p.9). No se puede dejar de lado la realidad coyuntural en la cual las partes no hubieran cedido en sus intereses si el proceso hubiera implicado, por ejemplo, que los combatientes de las FARC entregaran sus armas sin la garantía de "beneficios penales". O que, en el caso de los militares y algunas figuras políticas, detallaran públicamente sus crímenes sin la promesa de quedar exentos de largas penas de prisión.

Con el objetivo de esclarecer que son las sanciones propias y determinar como pueden ser restauradoras y reparadoras, realizamos primero un examen de su funcionamiento y materialización. Luego, traemos a colación otras culturas jurídicas inspiradoras para el significado y contenido de estas sanciones: las justicias indígenas, que presentan connivencias con la justicia restaurativa, y la justicia basada en la ética del cuidado, que permite pensar una transición hacia una justicia del cuidado. Este breve recorrido entre otras justicias o culturas jurídicas y los

⁵ Este procedimiento se realiza en aplicación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 sobre amnistías, indultos y tratamientos penales diferenciales.

saberes sobre los cuales se fundamentan, muchas veces marginalizados, permite observar los premisos de “circulación normativa” (Champeil-Desplats, 2021) en curso entre la justicia de la JEP y otras justicias. Asimismo, observamos cómo pueden articularse con la justicia restaurativa construida en la JEP y analizamos su potencial resignificador en clave de justicia restaurativa. Enfocar la mirada hacia otras justicias constituye en ese sentido una propuesta para enriquecer el alcance de los procesos restaurativos colombianos y legitimar iniciativas centralizadas. Se trata de mostrar también que lo anterior puede ocurrir siempre y cuando el diálogo y la articulación con esas justicias no las despoje de su autonomía.

I. LA SANCIÓN PROPIA: CLAVE PARA LA RECONCILIACIÓN Y EXPRESIÓN DEL SISTEMA RESTAURATIVO

1.1. La sanción propia como punto de encuentro entre justicia transicional y restaurativa

La justicia transicional colombiana permite de manera innovadora la concesión, en determinados casos, de sanciones restauradoras y reparadoras a autores de crímenes de guerra y de lesa humanidad (Gutiérrez, 2021). La apreciación que se hace de la justicia en dicho proceso dista mucho de los paradigmas penales dominantes según los cuales la privación total de libertad es el único camino posible para los autores de masacres, violencia sexual, secuestros, desplazamientos forzados, etc., todas ellas atrocidades por las que los sobrevivientes exigen hoy justicia.

Para innovar y con el ánimo de sortear las innumerables dificultades que envuelven los procesos transicionales, el modelo colombiano integró elementos de justicia restaurativa. Esta, en Colombia, como en varios países de la Common Law o de la Civil Law, ha sido una opción a las problemáticas de la justicia ordinaria penal (Gutiérrez-Ramírez, 2021, p.17), que no cuenta con los instrumentos para lidiar con la comisión de crímenes graves de forma sistemática y masiva. Agreguemos de otro

lado que la justicia restaurativa converge con la justicia transicional en la prevalencia que otorga a los derechos de las víctimas.

Asimismo, la justicia restaurativa es generalmente implementada en caso de delitos leves o en casos en los que están envueltos menores de edad (ECOSOC, 2002, p. 3 y ss). Dentro de ese contexto, las penas con enfoque restaurador no son nuevas. En muchos sistemas a través del mundo, se recurre a este tipo de sanciones para delitos menores, frente al hecho bien documentado, de que el encarcelamiento, lejos de resolverlos, contribuye a afianzar comportamientos antisociales (Britto, Aponte, Escobar, 2021).

Ahora bien, en experiencias comparadas de justicia transicional, hemos visto cómo la justicia restaurativa se integra de formas diferentes. En el caso de Irlanda del Norte, el Acuerdo del Viernes Santo estipula la necesidad de instalar una justicia restaurativa que permita sanear el sistema de justicia ordinaria que había sido afectado por los grupos paramilitares de las comunidades en disputa, aplicando en la época de conflicto una justicia vengativa (Gutiérrez-Ramírez, 2021, p.24).

En otros casos, después de conflictos armados o dictaduras, se movilizaron mecanismos extrajudiciales como comisiones de la verdad que funcionan con elementos de justicia restaurativa. Se contabilizan más o menos unas cincuenta comisiones, siendo una de las más conocidas la Comisión de la Verdad y la Reconciliación Sudafricana, que fue un mecanismo complejo con diferentes instancias, y que privilegió la verdad a la lucha en contra de la impunidad.

En aquellas experiencias comparadas de justicia transicional, sanciones de tipo restaurativa solo han sido consideradas en el sistema de justicia tradicional restablecido después del genocidio ruandés. Los Tribunales *gacaca* impusieron penas que consistieron en obras de interés público a los responsables de delitos menores. No fueron competentes, sin embargo, para condenar a los principales autores del genocidio, quienes fueron juzgados por la justicia penal ordinaria o el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Huyse y Salter, 2009).

Ahora bien, en el caso colombiano, corresponde a la Jurisdicción Especial para la Paz la delicada misión de otorgar sanciones restaurativas y reparatoras par

comparecientes que hayan cometido crímenes graves. Su competencia, fundamentada en el derecho nacional⁶ y en el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, responde a la obligación de investigar, juzgar y sancionar los delitos graves. En efecto, el procedimiento ante el juez, aunque orientado por el paradigma restaurativo, implica investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes más graves.

Sin entrar a profundizar, cabe mencionar que el procedimiento ante la JEP exige investigación de los hechos, la cual comienza antes de abrir un macro caso, cuando distintas entidades en su seno se encargan de compilar la información que permita establecer los crímenes cometidos y los responsables⁷. Posteriormente, una vez abierto el macro caso, los hechos son complementados con el aporte de verdad que deben realizar los comparecientes de forma exhaustiva y detallada en las audiencias ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (en adelante Sala de Reconocimiento). En esta etapa la Sala práctica pruebas.

Respecto al juzgamiento, una primera manifestación de esta obligación se da en el momento de la adopción de una resolución de conclusiones por parte de la Sala de Reconocimiento. Si el compareciente acepta su responsabilidad, su caso puede seguir por la vía del procedimiento restaurativo pasando a la Sección de Primera Instancia para casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (en adelante SeRVR), en el que el Tribunal para la Paz se pronunciará a través de una sentencia acerca de la resolución de conclusiones que incluye la propuesta de sanciones propias.

Si el compareciente no acepta su responsabilidad, se da paso al procedimiento retributivo asignando el caso a la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP para que pruebe ante la Sección de Ausencia de Reconocimiento del Tribunal para

⁶ El tribunal cuenta con normas propias derivadas de las negociaciones de paz, aprobadas por el Congreso e incluidas en la Constitución Política de Colombia a través del Acto Legislativo 1 del 4 de abril de 2017.

⁷ La compilación de información incluye los informes realizados por organizaciones de víctimas y otras organizaciones interesadas en los procedimientos realizados ante la JEP. En ese sentido, la Jurisdicción adoptó un documento guía para la presentación de los mismos (JEP, 2018).

la Paz la responsabilidad del compareciente. Para resolver la situación del compareciente, la Sección se pronunciará a través de una sentencia condenatoria o absolutoria según el caso.

En cuanto a la obligación de sancionar, hemos aludido a las tres clases de sanciones que prevé la legislación transicional: las propias, las alternativas y las ordinarias. La imposición de una o de la otra dependerá del comportamiento del compareciente durante el procedimiento ante la JEP, en cuanto al aporte de la verdad y el reconocimiento de responsabilidad.

En efecto, frente a la ausencia de reconocimiento o de contribución sustancial a la verdad, los autores se enfrentan a sanciones ordinarias con privación de libertad de quince a veinte años (artículo 143, Ley 1957 de 2019) o a su exclusión de la competencia de la JEP. Recibirán sanción alternativa consistente en la pena privativa de la libertad de 5 a 8 años los comparecientes que reconocieron responsabilidad y aportaron de forma detallada y exhaustiva a la verdad de manera tardía, siempre que sea antes de que la Sección de Ausencia de Reconocimiento del Tribunal dicte sentencia.

En los casos en que haya reconocimiento de responsabilidad y de aporte a la verdad de forma detallada y exhaustiva, los comparecientes podrán recibir sanciones propias. La Ley Estatutaria de la JEP prevé en el artículo 141 la posibilidad para el Tribunal de imponer sanciones consistentes, por ejemplo, en obras de desminado, reforestación, construcción de carreteras o escuelas, acciones de alfabetización u otras actividades para las comunidades afectadas por el conflicto y encaminadas a transformar sus condiciones de vida.

Esta clase de sanciones, aunque no tengan lugar en la cárcel, conllevan restricción de derechos y libertades como la limitación de la libertad de residencia de las personas halladas responsables (art. 141, Ley 1957 de 2019), y/o la asignación a un lugar determinado y/o la obligación de respetar horarios durante la duración de la condena, es decir, de 5 a 8 años según el grado de responsabilidad y del comportamiento del autor durante el juicio.

Con este breve acercamiento a la normatividad sobre las sanciones de la JEP se quiso mostrar que esas son diferentes a amnistías. Estas últimas consisten asimismo en la extinción de la acción penal, la cual no procede para los responsables de crímenes graves, ya que la legislación transicional colombiana, por el contrario, establece un sistema de investigación, juzgamiento y sanción, bien sea esta bajo una perspectiva de justicia restaurativa.

1.2. Los acuerdos sobre las sanciones restaurativas y reparatoras

Según el marco normativo de la JEP, los comparecientes que aportaron verdad de forma detallada y exhaustiva y que reconocieron responsabilidad pueden presentar un proyecto de sanciones ante la Sala de Reconocimiento. Este proyecto de sanciones debe ser consultado con las víctimas y luego aceptado por la Sala, quién podrá modificarlo según el procedimiento y las manifestaciones de las víctimas. En los casos en los cuales los comparecientes no presenten proyecto de sanciones en el procedimiento ante la Sala, la Sala de Reconocimiento elaborará uno.

El artículo 141 de la Ley Estatutaria de la JEP determina que estas sanciones pueden llevarse a cabo a través de los trabajos, obras y actividades con contenido restaurador-reparador (TOAR). El mismo artículo contiene una lista de ejemplos de TOAR pero esta no es taxativa. En el diálogo y consulta que surge entre comparecientes y víctimas, las posibilidades de definir otros trabajos, obras y actividades es posible teniendo en cuenta las expectativas y las consideraciones de las víctimas y las comunidades sobre las acciones que puedan ser reparatoras.

En la medida en que los TOAR pueden realizarse antes de que se surta todo el procedimiento restaurativo ante la Sala de Reconocimiento y la SeRVR, aquellos pueden ser el objeto de certificación por la Secretaría Ejecutiva de la JEP, y de esta manera, ser consideradas como sanciones propias. La Secretaría verifica que los

trabajos, obras y actividades se estén llevando a cabo, pero no concluye sobre su carácter restaurador y reparador, cuestión sustancial que corresponde a la Sección de Reconocimiento.

Después de 6 años de funcionamiento de la Jurisdicción, se han adoptado proyectos de sanciones propias por parte de la Sala de Reconocimiento y a nivel territorial se han llevado a cabo procesos TOAR en diferentes partes del país. En el macro caso 01 sobre los secuestros perpetrados por la antigua guerrilla de las FARC, la Sala aprobó los siguientes proyectos mediante su resolución de conclusiones⁸: 1. “*Componente transversal de memoria y reparación simbólica*”; 2. “*Búsqueda de personas dadas por desaparecidas*”; 3. “*Acción Integral Contra Minas (AICMA)*”; y 4. “*Suma-Paz: Reconocimiento del medio ambiente como víctima*”.

En el macro caso 3 sobre los asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado – Subcaso Norte de Santander, en la resolución de conclusiones⁹, la Sala de Reconocimiento realizó entre otras, las siguientes propuestas de sanciones, teniendo en cuenta que en este caso diferentes propuestas fueron a su vez presentadas por grupos de comparecientes: 1. “*Catatumbo: Entre rutas de reparación y caminos de paz*”; 2. “*Cátedras para la no repetición*”; 3. Proyecto de Libro “*Las personas asesinadas por miembros del ejército nacional en Ocaña no eran combatientes ni delincuentes*”, entre otros.

Por su parte, a nivel territorial, varios pilotos de rutas TOAR han sido construidos, tales como el proyecto de bio-expedición¹⁰ en Anorí, Antioquia; o el proyecto de desminado humanitario en Briceño, Antioquia y en Mesetas, Meta; o las jornadas

⁸ Sala de reconocimiento, Resolución N° 02 de 2022.

⁹ Sala de Reconocimiento, Resolución de Conclusiones N° 01 de 2022.

¹⁰ Se trata de un proyecto realizado en bosques de Anorí en el que se encuentran víctimas, firmantes de acuerdos de paz y comunidad, acompañados por el PNUD, la Universidad de EAFIT y otras instituciones. En este espacio se realizan labores de investigación y los ex combatientes participan como guías y auxiliares de investigación.

de paz y reconciliación que se llevan a cabo en Acevedo, Huila. En Bogotá, se realizó un proyecto piloto en la localidad de Usme que buscaba explorar herramientas metodológicas en la construcción de la ruta para luego ser replicadas en otras localidades del Distrito y en otras partes del territorio Nacional.

No sobra resaltar, precisamente, la importancia de la construcción de las Rutas TOAR a partir de los territorios. En efecto, las miradas locales, que dan cuenta de la diversidad de culturas que cohabitan en las regiones, son clave tanto para entender los orígenes del conflicto, como las posibles soluciones al mismo teniendo en cuenta las necesidades y las particularidades de las diferentes zonas del país. Es así que la inclusión del enfoque territorial en el Acuerdo Final de Paz y en la normatividad transicional ha sido fundamental. Con base a esa, el plan piloto en Bogotá contó con el acompañamiento de la Dirección de Paz y Reconciliación de la Alta Consejería de Paz, Víctimas y Reconciliación de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Gracias a un Convenio suscrito entre la entidad y la JEP, fue posible articular la participación de todos los actores para realizar el proceso TOAR.

Para construir la ruta, diferentes fases fueron puestas en marcha: una primera de encuentros con comparecientes; otra de relacionamiento con víctimas, organizaciones sociales y representantes de la población donde las iniciativas serán implementadas, teniendo en cuenta que como elemento de la justicia restaurativa en la definición de las sanciones, la comunidad tiene un rol importante; y finalmente, encuentros dialógicos entre víctimas y comparecientes, etapa delicada del proceso donde el acompañamiento psicosocial resulta indispensable. Gracias a este proceso, en Bogotá se ejecutan trabajos, obras y actividades con contenido restaurador y restaurativo certificados por la Secretaría Ejecutiva de la JEP consistentes en una escuela agroecológica; salud con enfoque de género y transgeneracional; escuela de formación en teatro comunitario; y fortalecimiento a escuelas de fútbol.

Desde esta perspectiva, las sanciones concebidas por este sistema transicional empujan los límites del imaginario dominante sobre la justicia. Estas formas alternativas de considerar la pena coinciden con otros sistemas normativos, como el Derecho Propio indígena, el Derecho Mayor, o la Ley Natural, según el pueblo, que revisten en muchos casos un fuerte alcance restaurativo (Gutiérrez Quevedo, 2018).

2. LA CONNIVENCIA ENTRE LAS JUSTICIAS INDÍGENAS Y TRANSICIONAL HACIA UNA JUSTICIA QUE SANA

2.1. El ingreso de las justicias indígenas en la justicia transicional

Según el Magistrado de la JEP Juan José Cantillo Pushaina, originario del pueblo wayuu, los principios fundamentales de la justicia transicional hacen eco a las justicias ancestrales de los pueblos indígenas. Estos principios, conocidos como los “principios Joinet” (1997), el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, así como los principios de justicia restaurativa, son también los que sostienen la justicia propia del pueblo wayuu y de otros pueblos originarios (Cantillo, 2021). Al igual que el Magistrado Cantillo, ocho magistradas y magistrados indígenas y afrocolombianos fueron nombrados en la JEP para reflejar el carácter pluriétnico de la Nación colombiana y la diversidad de culturas jurídicas que coexisten en todo el país. Lo que se considera como una *jusdiversidad* (Ariza, 2021) remite a órdenes jurídicos populares e informales, paralelos al orden estatal, pues muchas comunidades responden más que todo a normas que pre-existieron a ese orden. Además, debido a fallas estructurales del sistema de justicia ordinario, especialmente en regiones de difícil acceso o golpeadas por el conflicto armado y en contextos de desplazamiento forzado, estos grupos han conocido una exclusión sistemática por parte de una justicia pensada desde una perspectiva monista, replicando ordenes constitucionales europeos (Forero, Fonseca, Laverde; 2023). En lo que concierne las justicias étnicas, se pueden entender como sistemas

dinámicos, frutos de sincretismos entre formas ancestrales de justicia, el derecho colonial, el derecho republicano, y el derecho nacional e internacional de los pueblos indígenas.

Ahora bien, la participación de magistradas y magistrados afrocolombianos e indígenas como jueces en el tribunal de justicia transicional colombiano es el resultado de una lucha histórica de los movimientos étnicos. Asimismo, su nombramiento para hacer parte de la magistratura de una alta corte de justicia es inédito en Colombia¹¹. A nivel internacional, ningún tribunal penal de excepción establecido después de un conflicto armado o crímenes de masa había incluido antes a jueces pertenecientes a pueblos originarios. Este precedente tiene sus raíces en demandas de los pueblos étnicos incrementadas a lo largo del siglo XX para exigir el reconocimiento de sus derechos humanos básicos y de sus derechos colectivos, como el derecho a gozar de su territorio y gobierno propio. Impulsado por representantes de pueblos originarios, el derecho internacional conoció una evolución clave para la protección de estos derechos (Bellier, Cloud, Lacroix, 2017). A nivel interno, gracias a la entrada de líderes indígenas y de sus aliados en la Asamblea Constituyente de 1991, conformada luego de un proceso de paz incluyendo a varias organizaciones armadas y militantes, la Constitución reconoció el carácter pluriétnico de la nación. Su artículo 246 instituye en específico el derecho de los pueblos indígenas a acudir a sus propias jurisdicciones, normas y procedimientos, “siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las Leyes de la República”.

Pese a lo que se puede considerar un *pluralismo jurisdiccional oficial*, el derecho de las comunidades a gozar de su propia justicia ha sido vulnerado sistemáticamente por los gobiernos colombianos sucesivos¹². Para empezar, nunca fue adoptada la ley de articulación entre la justicia ordinaria y las justicias indígenas, prevista desde aquel reconocimiento constitucional. Debido a este vacío normativo, las altas cortes

¹¹ Como único precedente en Colombia, solamente la Magistrada Belkis Izquierdo, había sido miembro del Consejo Superior de Judicatura, y no como magistrada titular, sino auxiliar.

¹² Curso sobre la Jurisdicción especial indígena del grupo de investigación EILUSOS, Departamento de sociología, Universidad Nacional de Colombia : <https://www.youtube.com/watch?v=ngTPobuZgjc&t=5416s>

desarrollaron progresivamente líneas jurisprudenciales para dirimir los conflictos positivos de competencia entre jurisdicciones indígenas y la jurisdicción ordinaria. Fijaron criterios personales, territoriales y materiales para, de cierta manera, enmarcar y delimitar la competencia de los mecanismos propios de justicia. La principal limitante radica en que muchas de las y los jueces y funcionarios del poder judicial aún desconocen el alcance de la autonomía judicial de los pueblos étnicos; dichos sistemas judiciales son invisibilizados en las carreras de derecho de las universidades oficiales. Con todo, en este contexto de marginalización, los sistemas de justicia propia han mantenido papeles trascendentales en los territorios especialmente afectados por los actores armados, en los cuales no funcionaba la justicia ordinaria. De hecho, en algunas regiones, las justicias indígenas fueron reforzadas en medio del conflicto armado¹³, siendo las únicas instancias ejerciendo su autoridad judicial a nivel local.

Durante las negociaciones de paz iniciadas en 2012 entre las FARC y el gobierno colombiano, varias organizaciones étnicas se movilizaron hasta lograr la inclusión, *in extremis*, de un Capítulo Étnico en el Acuerdo de Paz (Montero y Sabogal, 2021). Ahí, en este documento firmado en 2016, también reafirmaron el derecho de los pueblos étnicos a tener sus propios gobierno y sistemas de justicia. Finalmente, la selección de magistradas y magistrados étnicos en la JEP fue permitida por el Comité de Escogencia Internacional, establecido para seleccionar a los más importantes funcionarios de los mecanismos de justicia transicional. El Comité nombró a jueces étnicos, respetando la demanda del movimiento étnico de ser representado en las instancias de justicia transicional para implementar el “enfoque diferencial étnico-racial” previsto en el Capítulo Étnico (Entrevista Magistrado Cantillo, 2021). Dichos magistrados encarnan, en la JEP, la diversidad de las culturas normativas hasta entonces poco valoradas por la jurisdicción ordinaria.

¹³ Diplomado “Intercambio de saberes entre la Jurisdicción Especial para la Paz y las autoridades indígenas en el Departamento del Cauca”, en coordinación con la Comisión Étnica de la JEP y la Universidad Autónoma Indígena Intercultural, sesión en Kokonuko (Cauca), 29 de agosto de 2019. Diplomado cursado por la autora Laetitia Braconnier Moreno como parte de su investigación doctoral sobre el pluralismo jurídico en la justicia transicional.

En efecto, una vez integrados en la JEP, las y los jueces étnicos formaron en ella una “Comisión étnica” para hacer valer los derechos diferenciados de los pueblos marginados en el conflicto y en el proceso de construcción del Estado colombiano. Desarrollaron, desde este escenario, estrategias normativas propias basándose en sus experiencias organizativas y en las cosmogonías de sus pueblos de origen (Entrevista Magistrado Juan José Cantillo Pushaina, 2021). Después de desplegar un proceso de consulta previa sobre los mecanismos de justicia transicional con todos los pueblos indígenas del país a inicios del año 2019, y en virtud de lo acordado, la Comisión Étnica de la JEP fomentó mecanismos para permitir un diálogo continuo y horizontal entre la jurisdicción transicional y las justicias indígenas que toma distintas formas (Braconnier, 2019).

2.2. Diálogos entre jueces transicionales e indígenas

Como primer paso, las y los jueces étnicos lograron la adopción de garantías para las partes originarias de los pueblos étnicos en todo el marco normativo de la JEP. Como lo resume la Magistrada del Pueblo Arhuaco Belkis Izquierdo en una aclaración de voto relativa a un macro caso étnico, es deber de la jurisdicción:

« i. garantizar la investigación integral de las violaciones a los derechos colectivos e individuales de los Pueblos Étnicos; ii. respetar el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas y de justicia propia de los Pueblos Negros Afrocolombianos; iii. consultar y establecer mecanismos de articulación y coordinación interjurisdiccional e interjusticias; y, iv. adoptar el enfoque étnico en todas sus actuaciones para garantizar y salvaguardar los derechos de los Pueblos Étnicos » (Aclaración de voto, Auto SRVR N°001, Bogotá D.C., 10 de marzo de 2023).

Para que cada etapa procesal y cada audiencia esté culturalmente adecuada, en los casos que involucren víctimas o victimarios indígenas en donde la JEP es declarada competente, se adoptó un protocolo de articulación y coordinación con las jurisdicciones indígenas, sin precedente en la historia de las altas cortes

colombianas (Protocolo 5 de junio de 2019). De manera aún más histórica, la Comisión étnica estableció también lineamientos de articulación con las justicias afrocolombianas y negras (protocolo 9 de febrero de 2021) y un protocolo con las autoridades judiciales del pueblo Rom (lineamientos del 31 de julio de 2021). Estas rutas son fundamentales no solamente para las numerosas víctimas originarias de pueblos étnicos, las cuales tienen derecho a una justicia culturalmente adecuada, sino también porque 2170 comparecientes ante el JEP se auto reconocen como miembros de una comunidad étnica (Instituto Kroc, 2022).

Dicho diálogo intercultural, enfocado a respetar las prácticas de justicia de los pueblos, debe ser aplicado en todas las etapas procesales. Asimismo, según el protocolo 1 de 2019 y la jurisprudencia desarrollada al respecto, en los casos en los cuales un excombatiente de las FARC pertenece a resguardos indígenas, se debe realizar una notificación con pertinencia étnica. Luego, los magistrados relatores de los macrocasos, mediante los enlaces territoriales de la JEP, deben consultar a las autoridades del resguardo para tener conocimiento de la situación jurídica del procesado y determinar mediante un diálogo entre jueces transicionales y autoridades judiciales locales cuales entre ellos es competente. Estos diálogos dan lugar a audiencias interculturales con intérpretes y cuentan con el uso elementos simbólicos. Debido a la pandemia de Covid 19, algunas se realizaron de manera virtual, y luego, las autoridades étnicas han determinado caso por caso si se acogían a dichas diligencias en territorios étnicos o si se debían realizar a distancia.

Estos espacios revisten una alta dimensión pedagógica, en la medida en que antes de cualquier procedimiento, los magistrados entran a conversar con las autoridades propias para explicarles qué tipo de justicia puede ofrecer la JEP y determinar las condiciones de realización del procedimiento de manera consultada. En muchos casos, las autoridades de los resguardos se convencen, mediante el diálogo, de que la jurisdicción transicional tiene más recursos y podrá reparar de mejor manera a las víctimas. Delegan entonces su competencia para juzgar los casos a los jueces transicionales. Sin embargo, incluso cuando aceptan la competencia de la JEP, las autoridades judiciales de los territorios pueden ser consultadas y participar en todas las etapas procesales como *intervinientes especiales*. Estos diversos escenarios de

intercambios entre jueces transicionales y autoridades étnicas constituyen de cierta manera una puerta de entrada de prácticas y normas de derecho propio en una jurisdicción centralizada.

Asimismo, la afirmación del pluralismo jurisdiccional, en este marco normativo y conceptual, hace parte de una voluntad de los jueces transicionales de fortalecer las jurisdicciones propias que han sido vulneradas en el marco del conflicto armado (Protocolo 01 de 2019, art.2). Se trata de resarcir, en un plano simbólico, los daños que son consecuencia de una violencia epistémica hacia los saberes propios, y también de una *violencia normativa* en contra de las normatividades y juridicciones propias.

2.3. Impacto de prácticas indígenas restaurativas en la JEP

Ahora bien, ¿cómo se genera esa apropiación, por parte de la JEP, de mecanismos de resolución de conflictos originarios de justicias étnicas? En primer lugar, por la influencia de los jueces indígenas y afrocolombianos que integraron la magistratura y recurren a prácticas y normas tradicionales, y realizan “orientaciones espirituales”. Por ejemplo, la Magistrada Ana Manuela Ochoa, del pueblo kankuamo, abogada en organizaciones indígenas antes de entrar en la JEP, enseñó a sus colegas que la planta de romero podría ayudar para la circulación de la palabra. Lo puso en práctica en una audiencia con entidades públicas sobre la implementación de la sanción de la JEP; al mismo tiempo que los intervinientes, miembros del gobierno y de instituciones, se turnaban la palabra, tenían que entregarse una planta de romero¹⁴. También, les enseñan a los jueces a “pedir permiso” a los territorios o a entes territoriales o espirituales antes de proceder a las audiencias y de abordar temáticas sensibles sobre las violencias cometidas. Esta practica es especialmente importante en distintas cosmovisiones, como la del pueblo nasa, que enseñan que cuando el territorio está desarmonizado, no puede haber paz. En la audiencia pública sobre ejecuciones extrajudiciales por parte de miembros de la Fuerza Pública (macro caso

¹⁴ Audiencia para verificar que estén las condiciones para imponer sanciones propias a comparecientes, 7 de febrero de 2023, Bogotá. observada en línea : <https://www.youtube.com/watch?v=jmTMzNYPyFM&t=2213s>

03), en la Costa Caribe, el magistrado mestizo Oscar Parra, relator de este subcaso, hizo alusión a este permiso territorial ¹⁵.

Asimismo, los magistrados mestizos y blancos de la JEP han empezado a reproducir las enseñanzas de los magistrados afrocolombianos e indígenas y de las autoridades étnicas reconocidas como intervinientes especiales en las diligencias. Fruto de estos intercambios, muchas de las diligencias de la JEP que conciernen a víctimas o comparecientes de origen indígena o afrocolombiano inician con rituales realizados a cargo de sabedores o médicos ancestrales, que tienen el propósito de *armonizar* culturalmente y espiritualmente estos espacios. Se realizan tanto en las instalaciones de la JEP como en los espacios comunitarios prestados para las actividades en los territorios. La magistratura ha entendido que, según muchas cosmovisiones, antes de hablar de justicia y de Ley de Origen o Derecho Propio, se debe consultar a los espíritus de la naturaleza y armonizar los espacios mediante unas palabras, danzas, músicas y ofrendas, en las cuales el fuego, preparaciones artesanales y objetos con significados diversos recobran mucha importancia.

El uso de los recursos de los pueblos no se queda en lo ritual y simbólico, sino que la JEP también se inspira de los mecanismos de los pueblos en los juicios. Los conocimientos de los territorios y experiencias de administración de justicia de las autoridades propias, dialogando directamente con actores armados en medio del conflicto, se revelan inspiradoras para los magistrados de la JEP. En ese sentido, los conceptos que puede emitir la Comisión Étnica sobre la aplicación del enfoque étnico-racial en todas las etapas procesales, han también florecido como una manera de dar orientaciones a sus colegas. A pocos años del inicio del funcionamiento de la JEP, el Magistrado caucano Miller Hormiga indicó que las solicitudes de dichos conceptos por parte de sus colegas ya se habían vuelto costumbre en diferentes despachos. Así, algunas argumentaciones de los magistrados étnicos se difundieron de manera transversal en la jurisdicción.

¹⁵ JEP, Audiencia de observaciones de víctimas, Caso 03, San Juan del Cesar, 23 de marzo de 2023, observada en línea : <https://www.youtube.com/watch?v=4D-YG-8kbgc&t=5041s>

Entre estos mecanismos, encontramos la importancia de la palabra que, para numerosos pueblos, es en sí sanadora, es decir reparadora. El “caminar de la palabra”, permitido mediante el uso de determinadas plantas, es una manera compartida por las comunidades de encontrar soluciones a los conflictos. Muchos procesos de justicia comunitaria se caracterizan también por las relaciones horizontales entre las autoridades y las partes del litigio. En esos espacios, los “jueces” tradicionales realizan una mediación entre estos seres espirituales, la comunidad y la víctima. En efecto, la palabra de la comunidad, que generalmente asiste al juicio en asamblea, es importante como testigo de los hechos. Los comuneros – miembros indígenas de un resguardo, una comunidad – pueden participar en el proceso. Los espíritus de la naturaleza, enmarcados en una concepción espiritual del territorio, son quienes orientan tanto la diligencia como su resultado.

Como reflejo de estos procedimientos ancestrales, en las llamadas “audiencias dialógicas” de la JEP, se pone el acento en el diálogo y la relación horizontal entre los funcionarios de la jurisdicción y las víctimas, y entre la JEP y las autoridades étnicas. Del mismo modo, como ocurre en las asambleas comunitarias en ciertos pueblos para decidir de la sanción, o del *remedio*, después de la comisión del delito, o de la *desarmonía*, la JEP puso en marcha un sistema que promueve dar la palabra a las víctimas según el principio de centralidad de las víctimas. El juez transicional se asemeja en consecuencia a un mediador durante buena parte del proceso, el cual se vuelve un escenario de cierto empoderamiento para las organizaciones de víctimas, con virtudes liberadoras y sanadoras para ellas.

2.4. El contenido reparador de la sanción

Como intentamos mostrar, algunos de los elementos de las cosmologías indígenas que fundamentan otras culturas jurídicas han podido tener impacto en la manera de desarrollar los procesos ante la JEP. En cuanto al fondo del derecho aplicable, el juez transicional ha podido interpretar normas de los pueblos étnicos según su lectura restaurativa. Es ahí cuando opera una “circulación” entre normas de

diferentes culturas jurídicas, circulación útil para las creaciones normativas del juez transicional (Champeil-Desplats, 2019). En cuanto a la sanción, particularmente, las cosmovisiones de las justicias propias y la justicia restaurativa comparten la preocupación de resarcir los daños, y de concentrarse más en las víctimas que en los victimarios. Así, las justicias indígenas recurren a prácticas encaminadas a la búsqueda de una solución negociada, hasta, idealmente, la reinserción del delincuente en la comunidad. Según la cosmovisión del pueblo nasa, entre otras, el crimen es considerado como una *desarmonía*. La persona que lo comete, así como el grupo humano que permite su "desarmonización", deben ser "rearmonizados", razón por la cual la sanción suele determinarse mediante un juicio en presencia de toda la comunidad, como mencionado más arriba. La pena incluye tradicionalmente "trabajo espiritual" con médicos ancestrales, tiempo de reflexión en lugares sagrados... A la par, la persona hallada responsable de *desarmonía* debe cumplir con tareas agrícolas y comunitarias que reparen, de cierta manera, el daño causado a las comunidades (Diplomado Intercambio de saberes entre la JEP y las Autoridades Indígenas en el Cauca, 2019).

En efecto, en distintas tradiciones normativas, se considera que la pena reviste tanto el propósito de curar como el de reparar a la víctima, a la comunidad, al responsable, y, en algunos casos, al territorio en un sentido amplio. La frontera entre los conceptos de "sanción" y "sanación" es porosa, como lo demuestra el informe del Instituto CAPAZ (2021) "Construyendo la san(a)ción propia" sobre las sanciones esperadas por las víctimas indígenas y afrocolombianas en el departamento del Cauca. Es así como las sanciones practicadas en sistemas informales de justicia pueden ser inspiradoras para las *sanciones propias* pronunciadas por la JEP, las cuales no incluyen privación total de libertad sino limitación de derechos, y deben recobrar un enfoque reparador.

Ciertamente, las sanciones o *remedios* ancestrales mencionados ya no se aplican en muchos resguardos debido a los procesos de deslegitimación, estigmatización y adaptación de las prácticas de justicia propia a exigencias impuestas por el orden normativo ordinario, en materia de debido proceso, entre otros. Sin embargo, persiste cierto conocimiento y un consenso entre mayores y comuneros en muchas

comunidades a través del país sobre la necesidad de reparar a las víctimas y sanar a los victimarios mediante las sanciones. En esos casos, las connivencias entre las culturas jurídicas autóctonas y de transición facilitan la circulación normativa y su aceptación mutua.

Mediante esta dinámica de “circulación normativa”, otro aspecto de las justicias indígenas resulta orientador para la justicia de la JEP: el concepto de territorio como sujeto de derecho. Asimismo, el territorio, en muchas cosmovisiones ancestrales, integra a la naturaleza con su dimensión cultural y espiritual. Ahora bien, en macrocasos con enfoque étnicos y territoriales (macrocasos 2 y 5), pero también en macrocasos que no conciernen a grupos étnicos (macrocaso 1), los Autos de imputación enuncian que el ambiente o el territorio habían sufrido daños en el marco del conflicto armado y, en consecuencia, debían ser reparado.

La perspectiva holística de los pueblos en cuanto a los daños a la naturaleza contiene llamados y enseñanzas: por un lado, los daños al medio ambiente deben ser entendidos por la JEP desde las cosmovisiones y espiritualidades de los pueblos ; por otro, los conocimientos propios de sabedores ancestrales pueden dar indicaciones para la reforestación y el saneamiento de territorios, y aportar así ideas de actividades reparadoras que puedan realizar los excombatientes que dañaron los territorios a modo de sanciones propias (Diplomado Intercambio de saberes entre la JEP y las Autoridades Indígenas en el Cauca, 2019). En ese orden de ideas, los jueces transicionales están invitados a realizar un verdadero giro hacia el reconocimiento de epistemologías y normatividades de pueblos originarios, de manera a que las *desarmonías* sean reparadas también a nivel espiritual.

A cinco años del funcionamiento de la jurisdicción, este giro es aún ilusorio. Los jueces transicionales se acercan a las justicias indígenas y movilizan referentes comunes a la justicia restaurativa y las justicias indígenas principalmente para explicar los procedimientos de la JEP a las comunidades. Empezaron también a usar expresiones que vienen directamente de las cosmovisiones de los pueblos como los términos de “sanación” y de “armonización”. Dicho uso conlleva un riesgo

de apropiación de estos conceptos por parte de la institucionalidad transicional, y de transformación de los sentidos que les dan las comunidades.

Sin embargo, estos referentes comunes permiten su entendimiento y apropiación mutua, e, *in fine*, la aceptación de la justicia transicional por los pueblos étnicos. Usando elementos rituales a pedido de los mayores de los pueblos étnicos, la JEP adquiere legitimidad con las comunidades víctimas del conflicto armado. La autora Margaret Urban Walker ha podido mostrar de qué manera mecanismos restaurativos - como lo son las *sanciones propias* - pueden ganar en legitimidad y eficacia si revisten similitudes con culturas jurídicas arraigadas a nivel comunitario (Walker, 2006). Lo anterior permite suponer que las sanciones restaurativas pronunciadas en contra de los responsables serían aceptadas más espontáneamente por los sobrevivientes indígenas que por otros grupos de víctimas ajenos a culturas jurídicas con enfoque restaurativo. Esta hipótesis, sin embargo, debe verificarse caso por caso, ya que las situaciones de las víctimas varían entre ellas y no se puede considerar que todas las víctimas originarias de pueblos étnicos serán conformes con sanciones alternativas a la cárcel. Más allá de las ventanas que abre una perspectiva intercultural de la justicia restaurativa, el preciso enfoque del cuidado arroja luces sobre una justicia ideada a partir de la ética del cuidado y de la comunidad.

III. UNA TRANSICIÓN HACIA UNA JUSTICIA DEL CUIDADO

Las comunidades autóctonas no son las únicas en recurrir a formas de justicia contra hegemónicas, ancladas en epistemologías y prácticas diferentes de las que fundamentan los órdenes jurídicos nacionales. Estas formas alternativas de justicia existen en todas las sociedades en donde predomina el vínculo comunitario sobre el desarrollo desde perspectivas individualistas. Se han afianzado en comunidades que no se identifican con las normas de la justicia ordinaria o no tienen acceso a ella. Es el caso, por ejemplo, de comunidades afro feministas, movimientos queer, transexuales o trabajadores sexuales que no tienen acceso a la protección estatal e incluso pueden ser criminalizados. Les resulta vital protegerse, por lo cual los

mecanismos internos de justicia que han desarrollado tienen como propósito prevenir los daños y poder reintegrar a los responsables en sus comunidades para protegerlos (Tuallion, 2023).

Algunas autoras han explorado estas formas de justicia que llaman al cuidado del otro y las han relacionado con la ética del cuidado y las justicias restaurativas (Gómez y Rodríguez, 2017; Marshall, 2019). Según los diccionarios, el verbo *cuidar* remite a los "actos por los que se vela por el bienestar de alguien" (Larousse); se considera también un "proceso de proteger alguien o algo y proporcionar lo que esa persona o cosa necesita" (Cambridge Dictionary, s.f.). Como perspectiva feminista, y replicando estas definiciones, se encuentran las raíces de la ética del cuidado en las relaciones humanas, en las necesidades personales y en las de los demás (Gilligan, 1982). Inicialmente concebida como un asunto privado, ahora ocupa un lugar en la política y los movimientos sociales.

3.1. La ética del cuidado y la justicia restaurativa

Según Carol Gilligan, quien teorizó la ética del cuidado, dicha justicia puede ser intencionada a partir de la responsabilidad y la relación social, en contraposición a la justicia generalmente concebida desde la ley y la norma (Gilligan, 1982). En el seno de las modalidades informales de justicia que promueven el cuidado, entre las cuales las *communities of care* son emblemáticas, encontramos diferentes dimensiones: el otro y las relaciones sociales que son por naturaleza interdependientes, vulnerables y fundadas en la ayuda mutua (Brugère, 2021). Según la autora, una justicia basada en la ética del cuidado se articula alrededor de los conceptos de "responsabilidad y de relación social", y no alrededor del derecho y las reglas. Las experiencias de justicia desde el cuidado enseñan que las actitudes y obligaciones basadas en el cuidado de los demás y la empatía pueden impregnar el derecho.

Las comunidades de cuidado para victimarios y víctimas hacen parte de una amplia gama de mecanismos pensados desde estos valores (Gilligan, 1982). Ponen el acento en la participación del entorno de los procesados. Los "círculos" o

“conferencias sin mediadores” incluyen a los miembros de la familia o de la comunidad que juegan un papel importante en el proceso de restauración de derechos. Un “círculo de sentencia”, por ejemplo, es un “proceso dirigido por la comunidad, en colaboración con el sistema penal, para desarrollar un consenso sobre un plan de sentencia apropiado que aborde las preocupaciones de todas las partes interesadas”. Los “programas de responsabilización”, por su parte, constituyen un modelo que debe ser respetuoso con los procesados, incluso si no reconocen los daños, e involucrar una “comunidad de atención” (McCold, 2000). Estos mecanismos han podido revestir formas distintas y ser usados en contextos muy diferentes como en casos de violencias intrafamiliares, como en New Zelanda (Urban Walker, 2006), o entre actores y víctimas de un conflicto armado, especialmente en países africanos (Huyse y Salter, 2008).

La justicia con un enfoque de cuidado subraya, además, la importancia de la sanación en el curso mismo de los procesos. En ese sentido, corrientes abolicionistas abundan y se han posicionado en contra del uso de la cárcel como principal medida para sancionar las violencias (Ricordeau, 2021; Olarte, 2017). Víctimas de violencias de género, incluso, llegan a considerar que saber que su agresor padece abusos y condiciones de detención degradantes no les aportaba tranquilidad, ni otra forma de satisfacción, y que medidas reparatoras pueden ser más aceptables. Desde dichas corrientes abolicionistas, y especialmente las feministas, han empezado a imaginar espacios de diálogo en los cuales los victimarios puedan explicar su comportamiento y entender el daño cometido intercambiando directamente con víctimas (Bastide, 2022). Con este tipo de intercambio pensados desde la acción sin daño, promovida por acompañamiento psicosocial, se busca el efecto sanador del proceso. En ese orden de ideas, investigadores sobre distintos tipos de violencia han resaltado la idea según la cual los conflictos no son separados de la sociedad; hacen parte de ella. Los autores de crímenes no son monstruos que se sitúan a parte de la sociedad, sino que son productos y factores de relaciones sociales (Lefranc, 2022). Escuchar a los victimarios sería una vía para entender de dónde vienen estas violencias, como los responsables llegaron a cometerlas, y así buscar soluciones.

3.2. El cuidado para un proceso sanador

El proceso restaurativo puesto en marcha por la jurisdicción transicional en Colombia busca, ante todo, maneras de reparar a las víctimas. No es competente para reparar materialmente como lo es la Unidad de las Víctimas; solamente puede aportar reparaciones de orden simbólico o moral. Ahora bien, el *cuidado* está plenamente presente en el proceso en la JEP pues en sus normas y prácticas se realiza un cambio sustancial en cuanto al derecho penal ordinario, elevando como máxima la reparación de las víctimas en todos sus componentes. En efecto, el restablecimiento de sus derechos, la satisfacción de sus expectativas y las garantías de no repetición están en el centro de la ruta restaurativa en las cuales participan las víctimas a lo largo del proceso, establecida por la Sala de Reconocimiento de verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas para orientar cada etapa procesal (Auto 208 de 2021).

Dicha ruta restaurativa prevé especialmente encuentros destinados a preparar a las víctimas y a los victimarios a enfrentarse en las audiencias públicas. Asimismo, varios “pre-encuentros restaurativos” son organizados por un “equipo restaurativo”, coordinado por un antropólogo, y compuesto por trabajadores sociales y psicólogos, internos y externos a la JEP, especialistas en trabajar desde el cuidado. Dicha ruta que recurre a metodologías interdisciplinarias constituye una aceptación inédita, por parte de una jurisdicción estatal, que el derecho no puede por sí solo resolver los conflictos, por su inherente dimensión humana (Laguado y Braconnier, 2022). Además del “equipo restaurativo”, la JEP recurrió a grupos externos para ciertas de sus prácticas, como la corporación Duna o especialistas en justicia restaurativa.

El sistema de la JEP incorpora en las figuras de las audiencias dialógicas, además, ejercicios comparables a los métodos pensados desde la ética del cuidado, mencionados anteriormente. El objetivo de alcanzar un acuerdo con las víctimas sobre la sanción, mediante las importantes audiencias de observaciones de las víctimas, permite a los responsables demostrar su empatía, probar que entendieron la gravedad de los hechos cometidos, revelar su corazón. La búsqueda de empatía entre las partes en un litigio y el entendimiento mutuo está en el centro de estos

mecanismos, que recurren al registro de las emociones. El objetivo de entendimiento mutuo enfatizado en el cuidado constituye un primer paso hacia el objetivo idealizado de reconciliación, que promueven tanto la justicia restaurativa como la justicia transicional.

Mediante el proceso restaurativo en varias etapas procesales ante la JEP, los agresores se benefician de atenciones que pueden ser vistas como prácticas de cuidado. Así pues, los mecanismos restaurativos, al igual que en los métodos usados por las justicias informales, dignifican a los autores de los crímenes reconociendo sus derechos, su humanidad, y dándoles la oportunidad de expresarse y explicar los daños cometidos, desde ejercicios que los llevan a ser empáticos. En ese camino, van entendiendo el mal causado, los que los puede animar a reconocer los daños infligidos a las víctimas y a repararlas. Una lógica poco explorada por la justicia penal, y que es particularmente bienvenida en los casos en los que los procesados han sido, antes de victimarios, víctimas del conflicto armado. Algunos, en efecto, fueron reclutadas por la fuerza; en otros casos, mujeres ingresaron a rangos de las FARC para escapar a una situación de dominación (Castrillón, 2015).

3.3. Reconciliación y sanción

En estos encuentros previos a las audiencias públicas de reconocimiento de los crímenes, las víctimas y los victimarios han sido preparados primero de manera separada, y luego reunidos. Los fenómenos de re-humanización mutua y preparación emocional parecen ser una condición *sine qua non* antes de la audiencia pública de reconocimiento (Sánchez, 2021). En otras palabras, esos encuentros previos permiten a las partes ser capaces de escucharse, mitigando un poco las emociones de rencor. El mismo proceso permite, de cierta manera, sanar algunas heridas para dejar el espacio al diálogo. Lo que se quiere resaltar es que el mismo proceso puede ser reparador.

Parte de la sanción, en los casos en qué deben responder los victimarios, es el mismo hecho de enfrentarse con las víctimas de manera pública y relatar sus crímenes, proceso durante el cual pueden vivir humillación y rechazo incluso por

parte de los seres cercanos, como los miembros de su familia, que se enteran de los crímenes atroces que han cometido. Luego, la sanción es finalmente decidida por los jueces transicionales del Tribunal para la Paz. Algunos ejemplos de sanción que sobresalen de los juicios, y que, a la hora de escribir estas líneas, deben ser confirmadas por el Tribunal, están mencionadas en la primera parte del presente artículo.

Finalmente, estos intercambios que llevan a las sanciones propias, además de reparadores, pueden ser una clave de la reconciliación. En efecto, sobrevivientes y victimarios han resaltado, de hecho, las virtudes sanadoras de aquellos preencuentros. Seguramente, esa suerte de sanación haya permitido que tanto militares como miembros de la extinta guerrilla reconozcan, durante las primeras audiencias públicas de la JEP, su responsabilidad por la comisión de crímenes de lesa humanidad de cara a sus víctimas y a la sociedad en el curso del primer semestre del año 2022.

Cabe preguntarse, por lo pronto, cómo la retórica sanadora que sobresale de estas audiencias restaurativas, y que ha sido adoptada por víctimas - aunque no todas - y victimarios, podrá materializarse a la hora de ejecutar las sanciones en diversos contextos. En efecto, en numerosas regiones, los firmantes del Acuerdo de Paz sufren amenazas y son víctimas de atentados cometidos por grupos armados que han retomado el control territorial; en esta reconfiguración del conflicto armado, las cuestiones de seguridad entran entonces a hacer parte de los límites de ejecución de dichas sanciones propias.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Como parte de este sistema, hemos visto que la sanción propia debe ser reparadora, atendiendo a las necesidades de grupos de víctimas consultadas, devolviéndole su dignidad y sus vínculos con la comunidad. En los casos en los cuales las víctimas sean conformes con las decisiones de sanción proferidas por el Tribunal para la Paz, uno de los retos pendientes para la reconciliación radicará,

ciertamente, en la aceptación social de que se puede reparar *cuidando* a las víctimas, y también a los victimarios. Dicha aceptación social de una formas innovadora de sanciones constituye un desafío cuando ha imperado durante mucho tiempo un derecho penal donde la comisión de un crimen conlleva una pena de prisión. Sin embargo, el modelo de la JEP, alejándose de las acusaciones de impunidad, ofrece investigación, juzgamiento o sanción, como requisitos mínimos para determinar la responsabilidad de los autores y la consecuente sanción y reparación. En efecto, hemos visto que la justicia transicional colombiana cumple con estos requerimientos de base. El sistema de la JEP aborda estas obligaciones de una perspectiva restaurativa, que tiene por objetivo no sólo transformar la manera cómo superamos los actos criminales, sino también cómo buscamos caminos hacia la reconciliación de los diferentes actores afectados por el conflicto armado.

La justicia restaurativa permea cada vez más los sistemas de justicia transicional, y en Colombia, lo ha hecho hasta inspirar un modelo original, que exigen de los firmantes del Acuerdo de Paz comportamientos específicos respecto al aporte de la verdad y el reconocimiento de responsabilidad. El modelo diseñado en Colombia inspirado en la justicia restaurativa es complejo, y en esta complejidad, cuenta con las herramientas para implementar el sistema bajo la premisa de la centralidad de las víctimas. En este escenario, las audiencias dialógicas, y específicamente las audiencias de observación de las víctimas, tienen la ambición de asegurar que las víctimas y las comunidades sean escuchadas.

Traer a colación culturas jurídicas que ponen en su centro la sanación y el cuidado, nos conduce e invita a abrir horizontes mentales y a pasar las fronteras de lo conocido, para dar una oportunidad a otra forma de justicia que, por primera vez, cuenta con las víctimas en todas las etapas del procedimiento, incluyendo la determinación de las sanciones propias. Se trata de recibir, aceptar e implementar una forma de justicia no violenta, en la que se generan reflexiones por parte de los firmantes del Acuerdo de Paz. Asimismo, los espacios de construcción de las rutas

TOAR se describen como “*escenario de aporte y no de confrontación*”. De igual forma, de acuerdo con el presidente de la JEP, el Magistrado Roberto Carlos Vidal, “*hay que hablar del daño*”, de modo que lo ocurrido no vuelva a pasar.

En casos en los cuales las relaciones de poder entre sistemas judiciales resultan muy desiguales, es posible que el diálogo intercultural entre justicias permita, más que todo, la legitimación de la justicia del Estado, y empero, la cooptación e instrumentalización de las justicias informales, reduciendo su campo de acción (Nicolau, 2014). Sin embargo, cuando una corte abre espacios de diálogo horizontales con actores locales de la justicia y acepta cuestionar los modelos hegemónicos, se puede identificar una apertura. Puede ser el caso la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia, la cual, gracias a la participación en su seno de actores hasta ahí ajenos al poder judicial como las autoridades judiciales indígenas, originarios de diferentes culturas normativas, se abre a saberes y prácticas de otras ciencias sociales, de otros epistemes y ontologías sobre la justicia. Manifiesta una voluntad de transformar la justicia. Propuestas académicas, como la obra de Ghislain Otis (Otis, 2023), y el trabajo del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia (Olarte, 2017; 2021) exploran las condiciones para articulaciones y diálogos sin daños entre órdenes judiciales. Ofrecen también rutas y retroalimentaciones críticas que pueden constituir una inspiración para la JEP.

REFERENCIAS:

Ariza Santamaría, R. (2021). Jusdiversidad, territorios y naturaleza en las luchas culturales del pacífico en Colombia. *Revista Videre*, 13(26), 200–219. <https://doi.org/10.30612/videre.v13i26.13833>

Bastide, L. (2022), *Futur.es. Comment le féminisme peut sauver le monde*. Allary Editions.

Braconnier-Moreno, L. (2020). “El diálogo entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia: ¿la fábrica de una justicia transicional intercultural?” in Gutiérrez-Quevedo, M (dir.), *Pluralismo jurídico y*

derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal, CIPC, Universidad Externado, 478 p.

Braconnier-Moreno, L, Laguado, A. (2022). Los hilvanes de confianza. Análisis etnográfico de la primera Audiencia pública de reconocimiento en el sistema de justicia transicional en Colombia, sobre los conocidos “falsos positivos”. In Sarmiento Alvarez, B. Gutiérrez-Quevedo, M, Cátedra Unesco : derechos humanos y violencia : gobierno y gobernanza : experiencias de diálogos restaurativos en el contexto transicional colombiano, Universidad Externado de Colombia.

Bellier, I, Cloud, L, Lacroix, L, (2017) Les droits des peuples autochtones, Des Nations Unies aux sociétés locales, L'Harmattan, coll. Horizons Autochtones, 460 p.

Britto Ruiz, D. Aponte Castro, D. Escobar Zamora, D., (2021), Justicia transicional en contextos de transición. Colombia, 15 años de implementación, Editorial Bonaventurana.

Brugere, F. (2021). L'Éthique du « Care ». París, Francia: PUF.

Cambridge Dictionary. (s.d.). Diccionario en línea. <https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais-espagnol/care>

Cantillo Pushaina, J.J. (2020). “Dialogue entre la Juridiction spéciale pour la paix et la Juridiction spéciale autochtone en Colombie. Une référence spécifique au système normatif Wayuu”. Peuples autochtones et justice transitionnelle, France: Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie.

Champeil-Desplats, V. (2019), « Droit, pluralité des modes de normativité et internormativité. Regard juridique », La Revue des droits de l'homme [En ligne], (2019) 16.

Consejo Económico y Social de la Naciones Unidas. (2022). Justicia Restaurativa. Informe del Secretario General. E/CN.15/2002/5/Add.1

Echavarría Álvarez, J, et al. (2022). Segundo informe especial sobre el estado de la implementación del enfoque étnico del Acuerdo Final de Paz en Colombia: desafíos y oportunidades para incorporar el enfoque étnico en la implementación

territorial. Notre Dame (IN): Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz/
Escuela Keough de Asuntos Globales. <https://doi.org/10.7274/qv33rv07m3p>

Forero-Medina, Henry; Fonseca-Sandoval, Jose Daniel; Laverde, Herwin Corzo. La praxis discursiva constitucional que instituye: una Sociosemiótica jurídico-política crítica del poder constituido y desinstituyente. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: link para o artigo. Acesso em: xxxx. DOI: 10.1590/2179- 8966/2022/69321

Gilligan C. (1982). In *A Different Voice: Psychological Theory And Women's Development*. New York, USA: Harvard University Press.

Giménez-Salinas i Colomer, E.; Rodríguez Giménez, A. C. (2017). Un nuevo modelo de justicia que repare el daño causado. *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, 67, 11-30.

Gutiérrez-Quevedo, M. (2018). *Justicias restaurativas y el buen vivir ancestral*. Cátedra Unesco. Derechos humanos y violencia: Gobierno y gobernanza. Justicia restaurativa y la relación con los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de las víctimas del conflicto armado. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Gutiérrez-Ramirez, L.M, (2021) *Las sanciones en la justicia transicional restaurativa y los desafíos de la Jurisdicción Especial para la Paz* (320 p). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

Huyse, L., y Salter, M. (2009) *Justice traditionnelle et réconciliation après un conflit violent: La richesse des expériences africaines*. Stockholm: Institute for Democracy and Electoral Assistance..

Lefranc, S. (2022), *Comment sortir de la violence, Enjeux et limites de la justice transitionnelle*. CNRS Editions.

McCold, P. (2000). *Overview of Mediation, Conferencing and Circles Paper presented to the Tenth, United Nations Congress on Crime Prevention and the Treatment of Offenders, Vienna, April 10-17.*

Nicolau, G. (2014). Le droit pénal et la différence [1]. Archives de politique criminelle, 36, pp. 35-51. <https://doi.org/10.3917/apc.036.0035>

Marshall, C (2019). The International Journal of Restorative Justice vol. 2(2) pp. 175-185 doi: 10.5553/IJRJ/258908912019002002001.

Montero De La Rosa, O., & Sabogal Venegas, J. (2021). Las luchas de los pueblos étnicos en la construcción de paz: entre resistencias, participación e incumplimientos estatales. Revista de Trabajo Social, 23(2), 55–76. <https://doi.org/10.15446/ts.v23n2.90380>

Sánchez Meertens A, (2021). Protección, reconocimiento y encuentro. La materialización de la justicia restaurativa en la JEP, in Britto, Aponte y Escobar (dir.) Justicia Restaurativa en contextos de transición, Bonaventuriana.

Romero Cortes, E.P. (2017), La Construction de la justice transitionnelle par degrés. Le cas colombien. Bayonne, France: Institut Universitaire Varenne.

JEP, Audiencia para verificar que estén las condiciones para imponer sanciones propias a comparecientes, 7 de febrero de 2023, Bogotá. <https://www.youtube.com/watch?v=jmTMzNYPyFM&t=2213s>

JEP, Audiencia de observaciones de víctimas, Caso 03, 23 de marzo de 2023, San Juan del Cesar. <https://www.youtube.com/watch?v=4D-YG-8kbgc&t=5041s>.

Olarte, Á. (2017): Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa. Universidad Externado de Colombia. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-politica-criminal-y-abolicionismo-hacia-una-cultura-restaurativa-9789587900101.html>

Olarte, Á. (2021) , Criminalización y Control: retos hacia visiones restaurativas e interculturales. Universidad Externado de Colombia. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-criminalizacion-y-control-retos-hacia-visiones-restaurativas-e-interculturales-de-la-justicia-9789587907551.html>

Otis, G., Leclair, J., Thériault, S., *La vie du pluralisme juridique*, Droit et société, LGDJ Lextenso, 2022.

Ricodeau, G (2021). « Abolitionnisme pénal», in Elsa Dorlin (dir.), Feu ! Abécédaire des féminismes présents, Paris, Libertalia, pp. 15-23.

Tuaille, V. (2021), « Nous faire justice #01 | Comprendre » avec Lauren Bastide - Transcripción escrita, episodio del podcast Les Couilles sur la table.

Urban Walker, M. (2006). The Curious Case of Care and Restorative Justice in the U.S. Context. Socializing Care: Feminist Ethics and Public Issues. Eds. M. Hamington and D.C. Miller. Rowman & Littlefield, Lanham.

Valencia García, M, Betancur, A. C. (2021). El enfoque étnico en la Jurisdicción Especial para la Paz: desafíos para la aplicación de sanciones propias y medidas restaurativas, in JEP, La JEP vista por sus jueces, pp. 575-611.

Normas, decisiones y acuerdos

Gobierno Nacional & FARC-EP (2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Bogotá: Temis.

Asamblea Acto Legislativo 1 del 4 de abril de 2017. “Por el cual se adoptan disposiciones transitorias constitucionales para el fin del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y son adoptadas otras disposiciones”. D.O. N°. 50.242.

Comisión Étnica de la Jurisdicción Especial para la Paz, Protocolo para la coordinación, articulación interjurisdiccional, y diálogo intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Especial para la Paz, 5 de junio de 2019.

Comisión Étnica de la Jurisdicción Especial para la Paz, Lineamientos para la coordinación, articulación interjurisdiccional, y diálogo intercultural entre el Pueblo Romn (Gitano) y la Jurisdicción Especial para la Paz, 31 de julio de 2019.

Comisión Étnica de la Jurisdicción Especial para la Paz, Protocolo para el Relacionamiento entre la Jurisdicción Especial para la Paz y los pueblos Negros, afrocolombianos, raizales y palenqueros, 9 de febrero de 2021.

Jurisdicción Especial para la Paz. (2020). Guía de derechos y deberes para comparecientes en la JEP. Bogotá, Colombia: JEP y Universidad Nacional.

Jurisdicción Especial para la Paz. (2018). Orientaciones para la elaboración de informes dirigidos a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Bogotá, Colombia: JEP.

Ley 1957 del 6 de junio de 2019. “Ley estatutaria de administración de justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz”. D.O. N°. 50.976.

Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016. “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”. D.O. N°. 50.102.

JEP, Audiencia para verificar que estén las condiciones para imponer sanciones propias a comparecientes, 7 de febrero de 2023, Bogotá.

<https://www.youtube.com/watch?v=jmTMzNYPyFM&t=2213s>

JEP, Audiencia de observaciones de víctimas, Caso 03, 23 de marzo de 2023, San Juan del Cesar. <https://www.youtube.com/watch?v=4D-YG-8kbgc&t=5041s>.

Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los hechos y Conductas de la JEP, Caso No. 01 “Toma de rehenes, graves privaciones de la libertad y otros crímenes concurrentes cometidos por las FARC-EP”, Resolución N° 02 de 2022.

Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los hechos y Conductas de la JEP, Caso No. 03. Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado – Subcaso Norte de Santander, Resolución de Conclusiones N° 01 de 2022.

Aclaración de voto, Auto SRVR N°001, Bogotá D.C., 10 de marzo de 2023.

Experiencia etnográficas y otros :

Entrevista al Magistrado Juan José Cantillo Pushaina, 10 de septiembre de 2021, Bogotá. 1 hora.

Diplomado "Intercambio de saberes entre la Jurisdicción Especial para la Paz y las autoridades indígenas en el Departamento del Cauca", en coordinación con la Comisión Étnica de la JEP y la Universidad Autónoma Indígena Intercultural.

Curso sobre la Jurisdicción especial indígena del grupo de investigación EILUSOS, Departamento de sociología, Universidad Nacional de Colombia :

<https://www.youtube.com/watch?v=ngTPobuZgjc&t=5416s>