

Capítulo sexto 3

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional

Claudia Medina Aguilar

Resumen

El artículo hace una descripción del componente de *justicia* del modelo de justicia transicional recientemente diseñado en Colombia en el marco del Acuerdo de paz entre el Gobierno y las FARC. Aborda los aspectos ya definidos y los principales dilemas por resolver de la *jurisdicción especial para la paz* (JEP). Define la JEP como un mecanismo omnicompreensivo, excluyente, autónomo, condicional, centrado en las víctimas, con enfoque restaurativo y concebido como garantía de obligaciones internacionales. Plantea, sin embargo, que hay muchos aspectos aún por definir, especialmente en relación con la disyuntiva entre una estrategia de judicialización masiva y una hipersselectiva, así como en lo que se refiere a la participación de las víctimas y su rol y prerrogativas en el proceso penal.

Palabras clave

Justicia transicional, Colombia, jurisdicción especial para la paz, crímenes internacionales.

Abstract

The article describes the justice mechanism of the transitional justice model recently designed as part of the Peace Agreement between the FARC guerrilla group and the Government of Colombia. It addresses the clearly defined features and the main pending dilemmas of the special jurisdiction for peace (JEP). It characterises the JEP as an all-encompassing, autonomous, conditioned, victims centered mechanism, with a restorative approach and meant to fulfil international obligations. It focuses on the tensions that are still open questions, especially regarding the dilemma between a massive or a hyper selective prosecution strategy; as well as the effective participation of victims.

Keywords

Transitional justice, Colombia, special jurisdiction for peace, international crimes.

Podría decirse que es la primera vez que las partes en un conflicto armado acuerdan que los crímenes cometidos por todos, incluyendo los de los negociadores mismos de la paz, serán juzgados y sancionados; que esa «rendición de cuentas» tendrá lugar de inmediato y no años después de la transición y cierre del conflicto; y que, en fin, no se seleccionan un par de herramientas convenientes, sino que se acuerda un conjunto integral de mecanismos de justicia transicional complementarios¹. Lo cierto, sin embargo, es que la novedad del modelo colombiano de justicia transicional incluido en el «Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera» firmado entre el Gobierno y las FARC, va más allá: Tiene menos que ver con esos grandes titulares —que más bien recogen tendencias globales²— y más con los detalles y el grado de especificidad con que se han incorporado las tensiones propias de la materia.

Aunque parezca un asunto menor, es ilustrativa la comparación entre las 68 páginas del Acuerdo colombiano dedicadas a los mecanismos de justicia transicional, y las menciones y alusiones de pocos párrafos o incluso frases que suelen incluirse en este tipo de acuerdos³. Bien por el alto grado de

¹ Los defensores políticos y técnicos del Acuerdo coinciden al respecto. El jefe de la delegación del Gobierno colombiano, Humberto de la Calle, sostiene que «es un caso inédito que en medio de un conflicto en tiempo real, los antagonistas logren un acuerdo para castigar los delitos más graves. Y que este incluya a todos los victimarios en un propósito de terminar de una vez por todas el conflicto que nos agobia». (Declaración de Humberto de la Calle el 24 de agosto de 2016 en La Habana, Cuba). El alto comisionado para la Paz, Sergio Jaramillo, siguiendo esta idea, exalta que nunca antes se había creado, a través de un acuerdo fruto de una negociación de paz, un sistema integral de justicia que intente asegurar, «i) que se rindan cuentas respecto de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al DIH cometidas en el contexto y en razón del conflicto armado, ii) que se satisfagan de la mejor manera los derechos de las víctimas, y iii) que se den garantías de seguridad jurídica a todos los que se acojan a los diferentes mecanismos y medidas del Sistema». (Carta de Sergio Jaramillo a Human Rights Watch el 6 de enero de 2016).

² Desde la década de los 90 del siglo pasado, en los procesos de paz ha ido haciéndose más visible la necesidad de incorporar componentes de rendición de cuentas y asignación de responsabilidades que buscan dar una respuesta frente a las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en tiempos de guerra, siendo la combinación entre comisiones de la verdad y procesos judiciales bastante frecuente. Roth-Ariza en el artículo «Transitional Justice and Peace Agreements» hace alusión especial al tema en los puntos 19, 21 y 35 del mismo. La tendencia se confirma en años posteriores con acuerdos recientes como el de Aceh, Indonesia, en 2005, y luego el de Costa de Marfil de 2007 que incluyen mecanismos judiciales y extrajudiciales para abordar estos asuntos. En este sentido también: VINJAMURi, Leslie y BOESENECKER, Aaron, «Accountability and peace agreements: mapping trends from 1980-2006». HD Centre, Geneva, 2007. Disponible en https://www.files.ethz.ch/isn/39727/0907_Accountabilityreport.pdf. Fecha de la consulta 19.07.2017.

³ En muchos otros casos —tan distintos como el de El Salvador o Costa de Marfil o Burundi— las menciones sobre la justicia transicional han sido vagas o de principio, fundamentalmente excluyendo la posibilidad de amnistiar algunos crímenes, requiriendo la creación de mecanismos para que no quedaran impunes, o acordando la creación

desconfianza entre las partes o bien por la certeza de que lo acordado sería implementado prontamente⁴, es tal vez la primera vez que a través de una negociación y como parte de un acuerdo de paz, se logra un altísimo nivel de detalle en el diseño de un sistema de justicia transicional.

Detalle no es sin embargo sinónimo de precisión: las tensiones, desconfianza y conflictos de interés entre actores opuestos permean todo el diseño del modelo. De ahí que a pesar de la extensión del Acuerdo y de las normas de implementación expedidas y en curso⁵, haya aún preguntas abiertas significativas. Más que una deficiencia, sin embargo, las incertidumbres deben verse como una excelente oportunidad para ajustar y afinar el modelo ya en su puesta marcha; como un reconocimiento de que es imposible prever todos los pormenores de un sistema de tal complejidad; y como un espacio para incorporar actores relevantes que no hicieron parte de las negociaciones de La Habana.

El propósito de este texto es hacer un mapa —sucinto por razones de espacio— de las claridades sobresalientes y los principales interrogantes de uno de los componentes del modelo, la jurisdicción especial para la paz, ya popularizada como JEP⁶.

—casi siempre futura— de comisiones de la verdad principalmente. *Op. Cit.* ROTH-ARIZA ejemplifica extrayendo los apartados de 8 acuerdos que son muy puntuales e incluso difíciles de separar del resto. Además de la generalidad del lenguaje en esta materia, la nota común tiene que ver con una clara separación entre el momento del acuerdo de paz en el que se definen principios básicos que puedan ser aceptados por partes radicalmente opuestas, y los procesos subsiguientes, en los que, por ejemplo, se definen mecanismos de asignación de responsabilidades y rendición de cuentas, a partir de voces y presiones que no estuvieron en el centro de la negociación, incluidas las internacionales. Los Tribunales mixtos de Sierra Leona y Camboya son buenos ejemplos. Incluso casos como el de Burundi, en el que se acordó la creación de una comisión de la verdad, comisión internacional de investigación y un Tribunal penal internacional, que sin embargo solo casi 9 años después comenzaron a ponerse en marcha. Ver, sobre los mecanismos de *accountability* que aparecen tras los acuerdos: *Op. Cit.* VINJAMURI y BOESENECKER.

⁴ De hecho, el Acuerdo es finalmente refrendado por el Congreso de la República el 30 de noviembre de 2016 y la puesta en marcha de este componente de justicia transicional inició pocos días después con la radicación del proyecto de Acto Legislativo No. 02/16 Cámara de Representantes, 02/17 Senado el 19 de diciembre de 2016.

⁵ El Acto Legislativo 1 de 2017, el Decreto Ley 277 de 2017 que establece el procedimiento para otorgar amnistía a integrantes de las FARC-EP y el proyecto de Ley estatutaria No. 06/17 Senado, 013/17 que fue radicado el 24 de mayo de 2017 y retirado el 16 de junio de 2017, entre otras normas.

⁶ El modelo colombiano de justicia transicional acordado por el Gobierno y las FARC se denominó «Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición» y está compuesto, según el Acuerdo, por cinco mecanismos: 1) La Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición; 2) la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; 3) la Jurisdicción Especial para la Paz; 4) las medidas de reparación integral; y 5) las Garantías de no repetición. Adicionalmente, si bien como contracara de la JEP, la amnistía debe entenderse como un sexto componente del sistema.

Las claridades: postulados básicos del modelo colombiano de justicia en el sistema de justicia transicional

A pesar de la complejidad del diseño de la JEP (un Tribunal con cinco secciones, tres salas, una unidad de investigación, con varios caminos de circulación de casos entre todas ellas; seis tipos de sanciones, más de 50 funciones en su mandato, y relaciones complejas con el ordenamiento y los órganos ordinarios, son solo parte) es posible hacer una foto simplificada a partir de seis enunciados básicos que describen los rasgos principales de manera general, si bien algunos de ellos son problematizados en el siguiente apartado por las incertidumbres que surgen en un nivel más profundo.

Primero, se trata de un modelo de justicia específica para el *cierre* de un conflicto armado y para ello se establece como *omnicomprensivo y excluyente*. En principio, la JEP podrá tramitar todos los delitos relacionados con el conflicto armado y tendrá competencia frente a todos los actores (guerrilleros, agentes del Estado incluyendo la Fuerza Pública y civiles que hayan participado). De ahí que tenga competencia preferente frente a las jurisdicciones ordinarias (penal y administrativa fundamentalmente) y sus decisiones se califiquen de «inmutables».

Segundo, incorpora una distinción innovadora entre investigación penal y sanción penal. Así, busca el cumplimiento de obligaciones del Estado frente a crímenes internacionales a través de su persecución, investigación y enjuiciamiento, pero asume que la sanción privativa de la libertad no es parte de dichas obligaciones. De ahí que afirma un enfoque restaurativo como se verá adelante.

Tercero, en el nivel de principios, las *víctimas son centrales* al modelo. En efecto, el primer comunicado conjunto que el Gobierno y las FARC emitieron sobre justicia transicional en junio de 2014 contenía los diez principios que orientarían la negociación sobre justicia transicional. De ellos, los primeros siete se enfocan en las víctimas, sus derechos y su necesaria participación activa, mientras los otros 3 se refieren, aunque de forma indirecta, a la satisfacción de las víctimas. De los cinco componentes explícitos del Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición (SIVJRNR), la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas y las medidas de reparación integral se centran indudablemente en las víctimas. La JEP también cuenta en sus enunciados básicos con abundantes afirmaciones sobre su compromiso con los derechos de las víctimas, consecuente con su inscripción en el paradigma restaurativo como se verá seguidamente⁷.

⁷ Entre otras alusiones a la centralidad de las víctimas, sus objetivos son: «satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa

Cuarto, se trata de un *dispositivo condicional*, esto es, los beneficios penales que otorga la JEP se supeditan al cumplimiento de una serie de condiciones. Según el Acuerdo: «Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del SIVJNR es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición»⁸. En consecuencia, el incumplimiento de estas obligaciones implica la reducción o pérdida de los beneficios y la consecuente aplicación de sanciones privativas de la libertad.

Quinto, el sistema de justicia es *autónomo* del ordenamiento jurídico penal colombiano. En efecto, más allá de sus escasas relaciones orgánicas con las jurisdicciones ordinarias, tanto el Tribunal como las demás instancias de la JEP, «al adoptar sus resoluciones o sentencias harán una calificación jurídica propia»⁹, basada en fuentes de derecho penal nacional e internacional que aplicarán bajo criterios y construcciones igualmente propias, es decir, no sujetas a precedentes en el ordenamiento colombiano.

Sexto, se trata de un modelo de *justicia restaurativa* por oposición a retributiva. Según dice, ese enfoque restaurativo «atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas», busca resarcirlas, y conlleva un énfasis en sanciones alternativas no carcelarias, que «deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado»¹⁰. De ahí que se contemplan, fundamentalmente, *sanciones alternativas* a la prisión, de entre 5 y 8 años (para quienes acojan el modelo y cumplan las condiciones establecidas, que se espera sean una mayoría). Las sanciones privativas de la libertad se conciben como excepcionales, para los casos de reconocimiento tardío o no reconocimiento de responsabilidad¹¹.

Las incertidumbres: tensiones y dilemas del modelo de la JEP

Las preguntas aún abiertas no son solo naturales en el proceso de creación y puesta en marcha de una jurisdicción *sui generis* como esta, sino que son incluso deseables. Las bases y detalles de la JEP definidas en el Acuerdo evidencian los conflictos de interés, los temores y las estrategias de partes opuestas: los negociadores. En el escenario legislativo se introducen algunas nuevas voces si bien, en general, también en defensa de actores espe-

o indirecta en el conflicto armado...». Adicionalmente, afirma: «Resarcir a las víctimas está en el centro del Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito en La Habana el 26 de agosto de 2012. En toda actuación del componente de justicia del SIVJNR, se tomarán en cuenta como ejes centrales los derechos de las víctimas y la gravedad del sufrimiento infligido...». Puntos 2 y 6 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final, pp. 143-144.

⁸ Punto 13 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final, p. 146.

⁹ Punto 19 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final, p. 147.

¹⁰ Punto 60 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final, p. 164.

¹¹ Si el reconocimiento es tardío se consagran penas privativas de la libertad de entre 5 y 8 años. Si no hay reconocimiento alguno se prevé un máximo de 20 años de cárcel.

cíficos. De ahí que parezca conveniente que muchas de estas tensiones y las imprecisiones derivadas de ellas, se aborden en el ejercicio y escenario judicial, de tal manera que los futuros magistrados, comprometidos con la imparcialidad y el fin último de la JEP, ahonden en principios normativos para resolver los dilemas sin la presión de representar a un sector, actor o parte. Las incertidumbres que se describen a continuación, son algunas de las más importantes que deberán enfrentar los magistrados a su llegada.

Hiperselectividad o exhaustividad

El modelo de «Justicia y Paz» —el primer ejercicio de justicia transicional propiamente dicho en Colombia— fue juzgado por muchos como exhaustivo o maximalista¹². Su competencia definida para «hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a [esos] grupos» organizados al margen de la ley¹³, dejó muy amplios los términos de conocimiento para la jurisdicción, al punto que los primeros resultados se refirieron a delitos insignificantes como falsedad documental. En una suerte de movimiento pendular, el «marco jurídico para la paz» —o la constitucionalización de la justicia transicional¹⁴— definió criterios altamente restrictivos, tanto subjetivos como objetivos, para los esfuerzos de persecución penal en escenarios de transición. En efecto, limitó dicha competencia a la judicialización de los *máximos responsables* de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos de manera sistemática¹⁵.

Mientras «Justicia y Paz» se asemejaba mucho en su enfoque a un proceso penal ordinario nacional¹⁶, el marco jurídico para la paz emulaba la lógica de los Tribunales penales internacionales. El primero responde de forma estricta al principio constitucional de obligatoriedad de la acción penal, en

¹² AMBOS, Kai (coord.), «Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado», Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Bogotá, 2011. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25829.pdf>. Fecha de la consulta 19.07.2017.

¹³ Artículo 2 de la Ley 975 de 2005.

¹⁴ Se conoce como «marco jurídico para la paz» a la reforma constitucional introducida a través del Acto Legislativo 1 de 2012, que introduce dos artículos transitorios en la Constitución colombiana, definiendo principios y lineamientos de un eventual proceso de paz, en lo concerniente a la justicia transicional y la participación política.

¹⁵ Como se observa, la competencia objetiva es aún más restringida que la de Tribunales internacionales —por definición con competencias muy acotadas— pues no todos los crímenes de guerra pueden ser conocidos por mecanismos judiciales sino solo los que cumplan con la condición de sistematicidad. Este asunto, de hecho, fue objeto de fuertes críticas por parte de organizaciones de derechos humanos y la oposición política de sectores afines al expresidente Uribe.

¹⁶ En efecto, incorporaba un proceso penal con algunas modificaciones que se relacionaban más que con el procedimiento, con los resultados esperados, puesto que se aspiraba a satisfacer a través suyo, los derechos a la verdad y la reparación de las víctimas, además del de justicia.

tanto que el segundo se enmarca en un enfoque que denomino «hiperselectividad internacionalista». ¿Dónde se ubica el modelo transicional del Acuerdo de Paz en esta disyuntiva? Lo cierto es que el Acuerdo permite interpretaciones restrictivas y otras extensas, sobre las personas y los delitos que se deberán judicializar. Así que un debate importante que deberán resolver los magistrados de la JEP tiene que ver con el alcance de su propia competencia.

A la hora de resolver esta tensión, es fundamental recoger los aprendizajes de más de diez años de desarrollo de marcos transicionales en Colombia y, así, distinguir tres asuntos que se han asimilado o confundido en el debate actual sobre la JEP. Se trata, primero, de la forma en que se agruparán o no los casos (estrategia); segundo, del alcance de la competencia (más o menos selectiva); y tercero, de los casos que tendrán prioridad.

En efecto, en cuanto a los dos primeros, tanto en escenarios legislativos y regulatorios como mediáticos, con gran frecuencia se ha presentado la disyuntiva entre la investigación «caso a caso» y la competencia restringida a pocos delitos y pocos responsables, contraponiendo la imposibilidad de perseguir individualmente el inmenso volumen de delitos cometidos, a la urgencia de acotar el esfuerzo de judicialización a un número menor de casos. La falacia del argumento sin embargo consiste en que la primera parte de la ecuación se refiere a la estrategia de investigación, en particular, a la insuficiencia de la mirada «caso a caso» y la necesidad de agrupar hechos y autores acumulando causas; mientras la segunda parte de la ecuación contiene una excepción al principio de obligatoriedad de la acción penal —reforzado en el caso de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH— pues se refiere a la reducción del universo a conocer judicialmente, por la vía de restringir la competencia subjetiva y objetiva. Así, el modelo hiperselectivo internacionalista ha pretendido mostrarse como la única opción razonable frente a un ineficiente modelo «caso a caso», esto es, solucionando un asunto de estrategia de investigación con una reducción del alcance de la competencia.

En cuanto a la tercera variable que se confunde a veces con las dos mencionadas, se ilustra bien cuando el Acuerdo incluye expresiones que se refieren a los delitos que investigará la JEP, subrayando «en especial los más graves y representativos». Se trata, evidentemente, de un criterio de priorización que sin embargo es en ocasiones presentados —en general por defensores de la hiperselectividad—, como criterio de selección.

Según se combinen las tres variables, el ejercicio de judicialización podría cubrir todo el universo de delitos relacionados con el conflicto, adoptando una estrategia de «caso a caso» o bien una de agrupamiento de casos bajo criterios predefinidos, y ello podría hacerse priorizando o no algunos delitos y algunos autores; o bien podría solo cubrir un grupo reducido de delitos y de autores, y en tal caso también cabría elegir entre una estrategia «caso a caso» o una de acumulación, y adoptar o no criterios de priorización.

Los magistrados de la JEP deberán pues, siguiendo las «insinuaciones» del Acuerdo en diversos sentidos —a veces contrapuestos—, decantar estos tres aspectos de tal manera que sea posible ajustar las expectativas de la sociedad colombiana —y la comunidad internacional— sobre el alcance del ejercicio de judicialización. Entre otros, deberán determinar si la afirmación de que la JEP «se aplicará a todos los que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado»¹⁷ es una suerte de primera ventanilla de acceso al sistema a partir de la cual se distribuyen los casos según se trate de conductas amestiables, no amestiables, o «indeterminadas»; preguntarse si hay criterios subjetivos de restricción de la competencia, dado que en el diseño de la JEP se excluye la noción de *máximos responsables*¹⁸; y definir si los criterios objetivos de selección para el Tribunal son definidos negativamente por aquellos delitos no amestiables¹⁹; para continuar definiendo qué estrategia de judicialización empleará, bien de «caso a caso» o de agrupación de casos y bajo qué criterios.

Integralidad como sumatoria o como engranaje

Decíamos en el primer apartado que si de alguna manera se caracteriza este sistema de justicia transicional es bajo el calificativo de integral. Ciertamente es que la mayoría de experiencias previas, tanto en Colombia como en otros países, han acudido de manera más o menos arbitraria a alguno o algunos mecanismos de JT que en general funcionan de forma independiente y en muchos casos también en momentos diferentes. La virtud de la integralidad que se afirma en el caso del modelo colombiano de JT acordado en La Habana tendría entonces que ver con la coexistencia en el tiempo de mecanismos complementarios que responden a todos los objetivos de la JT. Esa coexistencia puede sin embargo ser de dos tipos: a manera de compartimentos estancos o mecanismos independientes y autosuficientes donde cada uno cumple parcialmente con los propósitos y, al final, sería la sumatoria de resultados la que permitiría hablar de integralidad del sistema de JT; o bien como un engranaje donde la interconexión entre piezas garantiza la integra-

¹⁷ Punto 32 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final, p. 148.

¹⁸ A pesar de que hay quienes se refieren a que la noción de *máximos responsables* es equivalente a la de *participación determinante* empleada en el Acuerdo de Paz —interpretación que considero errada e inadecuada—, lo cierto es que el nuevo modelo prevé sanciones también para aquellos que no tuvieron una participación determinante.

¹⁹ Punto 40 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final: «40.- No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra —esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática—, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma», p. 151.

lidad. Un matiz adicional: una cosa sería que dentro del supuesto de un modelo de mecanismos independientes todos ellos contribuyeran parcialmente a todos los objetivos, y otra muy distinta que a cada uno se le asignara un objetivo diferente. La disyuntiva se hace más concreta al imaginar, a manera de ejemplo, una comisión de la verdad con un mandato de mero esclarecimiento y un proceso judicial con uno de justicia, sin que al primero se le exijan formas alternativas de asignación de responsabilidades ni al segundo verdades más allá de las procesales tradicionales.

Y aunque pareciera un asunto de grado, de énfasis (¿cuánto de cada objetivo —verdad, asignación de responsabilidades, resarcimiento, por ejemplo— cumple cada mecanismo?) lo cierto es que el sentido en que se vaya decantando este asunto en la puesta en marcha del sistema, será determinante al menos para dos cuestiones importantes: por un lado, la condicionalidad de los beneficios penales para los responsables de delitos graves relacionados con el conflicto y, por otro, la forma en que se pretenda garantizar los derechos de las víctimas.

En cuanto a lo primero, si bien, como se dice más arriba, la JEP es un dispositivo condicional, lo cierto es que se incluyen límites importantes tanto a los incumplimientos que generarían la pérdida de beneficios como al tipo de beneficios que se pierden²⁰. Adicionalmente, la condicionalidad se debilita si el sistema es «integral» a través de la sumatoria de mecanismos desconectados. Por el contrario, condicionalidad e integralidad se refuerzan mutuamente si, por ejemplo, el cumplimiento —o no— del deber de participar de forma significativa en la Comisión de Esclarecimiento tiene efectos en los beneficios penales que otorga la JEP o la propia amnistía —en los casos en que procede—.

En cuanto a lo segundo, el asunto es bastante crítico: Si, como defienden ciertos sectores, la JEP no debe dar cuenta de las dinámicas y fenómenos macro de criminalización y victimización, que sería más bien el centro del mandato de la Comisión de Esclarecimiento, se estaría justificando que la participación de las víctimas en la JEP fuera exigua, debido al interés menor que tendrían en sus resultados.

En consecuencia, los magistrados de la JEP deberán afinar las relaciones de condicionalidad y su impacto en la integralidad del sistema, así como definir lo que significa, en la práctica, dicha integralidad.

²⁰ En el Acto Legislativo 1 de 2017 que crea la JEP se dice que las normas procesales deberán regular los parámetros de identificación de incumplimientos de condiciones y que solo si son graves se podría perder el beneficio de la pena no privativa de la libertad.

Operatividad del enfoque restaurativo y la centralidad de las víctimas

Se dice arriba que en el nivel de principios la JEP ubica a las víctimas en el centro. En la práctica, sin embargo ese principio no ha sido aún materializado en el procedimiento y mientras algunos insisten en esa necesidad, otros resisten afirmando, en una lógica de integralidad compartimentada, que los derechos de las víctimas se garantizan fundamentalmente en los otros mecanismos del sistema integral de justicia transicional.

Lo cierto es que al menos tres momentos del procedimiento penal son especialmente sensibles para las víctimas y los magistrados deberán decidir sobre la manera de garantizar sus derechos en términos de participación. En primer lugar, está la posibilidad — o no— de instaurar denuncias: aunque el diseño de la JEP en principio no la contempla, si no se desarrolla un mecanismo ágil para recibir casos individuales y «traducirlos» al lenguaje de la JEP podría darse una denegación de justicia susceptible de cuestionamiento vía tutela (amparo). En segundo lugar, deberá definirse si —y con qué alcance—, las víctimas podrán intervenir tanto en las audiencias de reconocimiento como en las de presentación de las resoluciones de conclusión, dado que —junto con la sentencia— son el centro del proceso y simbólicamente los momentos procesales con más carga en términos restaurativos. Por último, habrá que definir el alcance de lo restaurativo en el asunto medular, las sanciones: ¿serán las sanciones proyectos propuestos por los procesados o se exigirá un ejercicio conjunto y participativo de definición de las penas no carcelarias con las víctimas?

