

# Los límites conceptuales del daño: ¿cómo representar la justicia, la responsabilidad y el sufrimiento en contextos de atrocidades masivas?

Por: Juan Sebastián Ospina  
( Grupo Ley y violencia, Universidad de los Andes)  
Octubre 30 de 2012

## I

El objetivo de esta ponencia es contribuir con algunas observaciones dentro de lo que vagamente podría calificarse como el esquema conceptual de la justicia transicional. Un esquema conceptual que delinee el marco de la justicia transicional es una propuesta desarrollada desde una perspectiva histórica por Jon Elster. Es una aproximación a la justicia transicional que no pretende ser una “teoría”, sino más bien un intento por hacer aproximaciones e identificar patrones recurrentes en la forma como las sociedades han determinado históricamente cómo enfrentar su pasado violento.

La estructura propuesta por Elster es explicativa o, cómo él la denomina, *positiva*. De lo que se trata en últimas es de plantear una perspectiva empírica de la justicia. Es decir, cómo las sociedades se ven influenciadas por un marco conceptual en el que quepan distintas variaciones de las *motivaciones, instituciones, agentes y decisiones* para afrontar la compleja tarea de lograr el tránsito de un pasado violento, bien sea de un régimen totalitario a uno democrático o de la guerra a la paz.

Para Elster la justicia transicional es el resultado “de una serie de decisiones legislativas, administrativas y judiciales”<sup>1</sup> En la mayoría de sociedades en transición una de las cuestiones más básicas, pero a su vez más complejas, para lograr la transición es definir cómo desean ocuparse de su pasado violento. En ese sentido, las sociedades deben decidir múltiples asuntos de diversa naturaleza. Elster ha identificado dos tipos de decisiones: unas *decisiones sustantivas* y otras de carácter *procedimental*.<sup>2</sup>

Las decisiones sustantivas significan discutir sobre las cuestiones del espectro político que pueden impulsar, en primer orden, el qué se debe hacer para enfrentar las violaciones y crímenes cometidos. En otras palabras, las decisiones sustantivas se podrían definir por su propósito normativo: el definir el contenido y los fines de las medidas, instituciones y

---

<sup>1</sup> Elster, Jon. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Barcelona: Katz: 2002, Pág. 140.

<sup>2</sup> Elster, Jon. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Barcelona: Katz: 2002, Pág. 154.

concepciones de la justicia que deben facilitar el tránsito de un régimen a otro o de un estado de cosas a otra situación.<sup>3</sup>

Por otra parte, las decisiones procedimentales se definen por su propósito práctico. Es decir, ya no se trata de responder a la pregunta sobre qué se debe hacer sino el cómo se hace para enfrentar las violaciones y crímenes cometidos. Estas decisiones pueden asumir formas más jurídicas y administrativas en la mayoría de casos. Lo que buscan es apartarse de las normas ordinarias y concentrarse en el tipo de procesos necesarios para que la transición se logre de manera ordenada y guardando, en la medida de lo posible, el debido proceso.<sup>4</sup>

Estas decisiones sustantivas y procedimentales varían de acuerdo al contexto y situación política de cada sociedad que busca enfrentar su pasado violento. Sin embargo, este conjunto de decisiones comparten la idea que, invariablemente del contexto y el proceso político, es el derecho, la ley y la legalidad lo que marca las ideas concretas y el contenido que desarrolla el esquema conceptual de la justicia transicional. De acuerdo con Teitel, en contextos de situaciones de extrema violencia, siempre “la respuesta transicional ha pretendido deshacer esos abusos bajo el derecho”.<sup>5</sup>

La discusión sobre la respuesta del derecho a las masivas violaciones se enfoca en su capacidad para asistir la transición y transformación de esas sociedades, y restablecer un Estado de Derecho que evite la impunidad y enfrente las actuaciones violentas y atroces de un régimen o grupos armados.<sup>6</sup> Esa capacidad del derecho se enfoca, según Teitel, en tres funciones: (i) restablecer una cultura de legalidad no basada en ideas universales abstractas, sino en el reconocimiento público de la sociedad de un sistema positivo. En

---

<sup>3</sup> Existe para Elster una serie de decisiones sustantivas que las sociedades o los nuevos regímenes pueden tener que tomar, entre ellas: (i) qué constituye un crimen o una violación; (ii) si estos crímenes pueden o no ser eximidos de todo proceso por su motivación política, por ejemplo; (iii) qué tipo de retribución se exige por la responsabilidad de esos crímenes; (iv) qué se hace con los responsables de esos crímenes y qué sanción deben recibir; (v) y finalmente, y por ello no la menos importante, (vi) qué tipo de daño determina la condición de las víctimas. Elster, Jon. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Pág. 152.

<sup>4</sup> Estas decisiones comprenden fundamentalmente para Elster las siguientes: (i) el tipo de reclusión para los criminales; (ii) la imputación de la culpa colectiva e individual; (iii) los requisitos de las pruebas para imputar responsabilidades; (iv) la selección de jueces y la composición de los tribunales; (V) los procedimientos de los procesos judiciales; (VI) los mecanismos de apelación; (VII) la selección de casos y acusados; (VIII) las penas; (IX) la legislación retroactiva; (X) la extensión o derogación de los plazos de prescripción; (XI) la reducción de los plazos de prescripción. ( Pág. 154-160)

<sup>5</sup> Teitel, G. Ruti, *Transitional Justice*, Pág. 18.

<sup>6</sup> *Ibid*, Pág. 19.

segundo lugar, en situaciones de transición (ii) el derecho internacional ofrece una alternativa de construcción, que independientemente del cambio y la inestabilidad política de la sociedad, es continua y permanente. Para Teitel, “en su circunscripción de los abusos más atroces, el derecho internacional ofrece una fuente de trascendencia normativa”.<sup>7</sup> Y por último, el derecho logra (iii) preservar algún grado de continuidad en términos legales sin politizar las posibles transformaciones normativas durante la transición.

La característica que define esta posición es una retórica y desarrollo conceptual particularmente atados a un normativismo excesivo y a obligaciones y exigencias internacionales de hacer justicia con el fin de restablecer el Estado de Derecho. Este enfoque legal se basa de manera general en las siguientes dos ideas: (1) dado que los criminales que han cometido violaciones y crímenes atroces han subvertido el funcionamiento y orden de las normas legales de un Estado, es necesario el uso del derecho y la ley para restaurar apropiadamente la legitimidad de las instituciones y la confianza en la autoridad del Estado; y (2) que toda estrategia o decisión para enfrentar el pasado violento, debe exigir la búsqueda de justicia a través de mecanismos legales que eviten la impunidad enfrentando públicamente a los criminales y, a su vez, sin desconocer la reparación de las víctimas como sujetos de derechos.

Como resultado de esta perspectiva, el esquema conceptual de la justicia transicional está completa o parcialmente motivado por ideas legales. En buena medida esto puede deberse a la confianza en las leyes y en otras formas o prácticas legales como mecanismos para asegurar la convivencia y la transformación social. No hay duda de que esta confianza en el derecho y las leyes ha sido siempre un paso vital para la creación de un mundo más democrático, con mayores libertades y sin injusticias. Todos los conceptos y formas legales que median en las decisiones de cómo enfrentar un pasado de extrema violencia son, como señala Minow, “esfuerzos genuinos por hacer algo en respuesta al horror para que no se repita la violencia, sino que busque condenarla y ponerle fin”.<sup>8</sup>

Sin embargo, continuando con las ideas de Minow, se puede pensar que las respuestas jurídicas, y las nociones legales que median en este esfuerzo del derecho, no son las

---

<sup>7</sup> *Ibíd*, Pág. 21.

<sup>8</sup> Minow, Martha, “Rompiendo los ciclos del odio”. En: Romero, Mauricio (Ed). *Verdad, Memoria y reconstrucción. Estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: ICTJ, 2008. Pág. 240.

únicas respuestas ni tampoco las más adecuadas y suficientes frente a otro tipo de respuestas no jurídicas. Según Minow, incluso, desde cualquier perspectiva que se mire, toda respuesta a un pasado de extrema violencia “está condenada de raíz una vez sucedidos los hechos”.<sup>9</sup> Minow es profundamente escéptica a la respuesta del derecho. Recordando a Lawrence Langer, uno de los autores más perspicaces en el estudio del Holocausto, señala que “la lógica del derecho jamás logrará encontrarle sentido al sinsentido del Holocausto”.<sup>10</sup>

La cuestión entonces que me interesa examinar en este esquema conceptual de la justicia transicional es uno de los aspectos que de algún modo subestima su complejidad como objeto de reflexión en la lógica del derecho: el daño. Por tanto, quisiera destacar las limitaciones conceptuales del *daño* dentro de ese esquema que intenta delinear el enfoque legal dentro de la justicia transicional. Lo que me interesa mostrar en esta ponencia es una cuestión básica: cómo en virtud del enfoque legal la idea de daño se expone a múltiples dificultades desde el punto de vista representacional que el derecho no logra captar. Esta cuestión es apenas una reflexión inicial sobre un interés de investigación más amplio acerca de cómo tratar de pensar una idea de daño que permita situarlo en una dimensión más política, y menos legal, para que pueda impulsarse en esos diferentes niveles señalados por Elster de la institucionalidad, de los agentes y de las motivaciones, el objetivo de reconstruir moral y políticamente a toda una comunidad política que sufrió. Lo que está en juego con la categoría de daño en este esquema de la justicia transicional es la cuestión de cómo es posible que esta idea pueda redefinir las concepciones de justicia y comunidad en las sociedades contemporáneas que enfrentan un pasado violento.

## II

En primer lugar quisiera entonces referirme a la lógica de representación que está en juego en el derecho. La idea moderna del derecho parte del supuesto de que el sistema es esencialmente ordenado y formal. Su lógica de funcionamiento supone la conjunción de universalización y racionalidad. De ahí que se favorezca por lo general la imagen de su autonomía como “ciencia jurídica”. Como señala Bourdieu, en su trabajo *Elementos para una Sociología del Campo Jurídico*, el derecho es una forma “particular de conocimiento sabio

---

<sup>9</sup> Minow, Martha, “Rompiendo los ciclos del odio”, 240.

<sup>10</sup> Citado en Minow, Martha, Lawrence, L. Langer. *Admitting the Holocaust*. New York: Oxford University Press, 1995. Pág. 171.

dotado de sus normas y de su lógica interna, y capaz de producir todos los signos exteriores de la coherencia racional, esa racionalidad “formal” que Weber se ha preocupado siempre de distinguir de la racionalidad “material” y que concierne a los fines mismos de la práctica ahora formalmente racionalizada”.<sup>11</sup>

Inscrito en esa lógica, el derecho intenta reproducir sin cesar el movimiento de las relaciones y los conflictos sociales al interior de un universo de normas y códigos formales. El derecho impone así al mundo social un rasgo propio de su funcionamiento: la formalización y la racionalización. El efecto de esa imposición hace que el derecho dependa de un modo de representación de la realidad ligado a la codificación. Como agudamente lo señala Bourdieu, la codificación garantiza que el derecho se inscriba en una lógica de la conservación. Es decir, que “salvo una revolución capaz de cuestionar los fundamentos mismos del orden jurídico, el futuro será la imagen del pasado, que las transformaciones y las adaptaciones inevitables serán pensadas y habladas en el lenguaje de la conformidad con el pasado”.<sup>12</sup>

Esa lógica de la conservación nos remite a un espacio representativo que permanece, desde el punto de vista conceptual, atado a lo positivo y a su verdad. Ahora bien, no es difícil darse cuenta que este tipo de formalismo despoja de contenido lo que jurídicamente- y científicamente- es imposible de “reglar”: pensamientos, sentimientos y experiencias sensibles que contingentemente se presentan en la experiencia en general de sujetos y comunidades. Esta manera de representar nos habla solamente de concreciones externas que descienden de la significación absoluta de los conceptos. Este proceder de todo formalismo es el que críticamente Hegel rechaza. Empleando a Hegel podemos decir que el esquema de representación del derecho reduce toda experiencia “a su esquema inerte, a un esquema propiamente dicho, haciendo descender la organización científica a un simple diagrama”.<sup>13</sup>

Este argumento de Hegel puede ser utilizado para examinar el formalismo con el cual el enfoque legal tiende a considerar el contenido conceptual del daño. El daño es una noción ampliamente empleada en el discurso y práctica jurídica. Los más destacados

---

<sup>11</sup> Bourdieu, Pierre. “Elementos para una sociología del campo jurídico”. En: *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Uniandes, Siglo del hombre, 2000. Pág. 208.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 208.

<sup>13</sup> Hegel, G. W. F, *Fenomenología del espíritu*, México: Fondo de Cultura Económica, 1997. Pág. 33.

planteamientos de la noción del daño se han desarrollado particularmente en el derecho civil, administrativo, penal y constitucional.<sup>14</sup> Por lo general esta noción es utilizada en estos distintos campos del derecho en procesos o situaciones de carácter ordinario. Esto quiere decir que se trata de una categoría que adquiere su significado en situaciones de normalidad, y particularmente frente a crímenes que son comunes y recurrentes en una sociedad. El ejemplo típico es la realización de un homicidio que implica daños o perjuicios a la vida de la persona o a terceros.

De ese modo el daño en este tipo de situaciones aparece como el efecto de un delito que causa lesiones directas a un bien jurídico, a un derecho o a un interés que debe ser protegido por el Estado. Como sugiere Elster, los daños “son pérdidas directas (respecto de una base preexistente, más que oportunidades perdidas (respecto de una base contra fáctica)”.<sup>15</sup> De ahí que desde el punto de vista jurídico se pueda concluir que una parte importante del daño es “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”.<sup>16</sup>

En el paradigma legal es entonces usual hacer la distinción esquemática de el daño a partir de dos grandes categorías: el daño material y el daño inmaterial. En lo que corresponde al esquema de clasificación del daño material, lo que prima es la “destrucción” de propiedades, bienes muebles o activos,<sup>17</sup> y todo aquello que deja de ingresar al patrimonio. En ese orden, el enfoque legal considera dos tipos de daño material: el daño emergente y el lucro cesante. En el esquema del daño inmaterial, el esquema trasciende lo patrimonial: el daño moral, el daño a la vida de relación y el daño por alteración de las condiciones de existencia. Estos tipos de daño aluden a lesiones o circunstancias que alteran la integridad física, psíquica o moral de una persona e incluso, en un sentido más amplio, sus oportunidades futuras.

La discusión entonces en el enfoque legal se plantea en términos de establecer cuál es la más adecuada clasificación de daño según la evidencia del hecho y las formas de reparación que están en el trasfondo de todo ese proceso de afectación luego de la comisión de un crimen ordinario. En ese contexto, el derecho lo que intenta establecer es

---

<sup>14</sup> Aponte, Alejandro, *El proceso penal especial de Justicia y Paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave Transicional*, Observatorio Internacional del Centro de Toledo para la Paz (CITPax), Monográfico No. 2, 2011.

<sup>15</sup> Hegel, G. W. F, *Fenomenología del espíritu*, Pág. 33.

<sup>16</sup> Henao, Juan Carlos. *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. Pág., 84.

<sup>17</sup> Elster, Jon. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Pág. 197.

cómo logra descender del diagrama propuesto por esas categorías de daño sobre las conexiones de causalidad de los hechos de la transgresión. Este descenso del concepto al suceso victimizante, discurre bajo la exigencia de representación formal de la antijuricidad de la acción que la víctima tuvo que soportar.<sup>18</sup> Igualmente, se exige que el daño debe ser cierto desde este enfoque formalista<sup>19</sup>. Es decir, que efectivamente el hecho ocurrió o puede llegar a ocurrir y, por las circunstancias particulares del hecho, existe la aminoración o destrucción de un bien o un derecho que debe ser compensados. Por último, se exige que el daño sea directo de modo que sea posible identificar el nexo causal entre el delito y el daño para imputar la responsabilidad.<sup>20</sup>

Este enfoque por principio tiene entonces la determinación de limitar la experiencia al esquema arbitrariamente contenido en el derecho. Como afirma Hegel, pone el “esquema como predicado”. Con esta manera de proceder, al derecho le ocurre, siguiendo a Hegel, lo que a le sucede a cualquiera esquema formalista: “se impone a lo sensible inmóvil, dándole la apariencia de un concepto, pero sin hacer lo más importante de todo, que es el expresar el concepto mismo o la significación de la representación sensible [...]”.<sup>21</sup>

La pregunta esencial que habría entonces que responder es: ¿de qué modo este formalismo del enfoque legal plantea limitaciones que desbordan la comprensión del derecho para enfrentar un pasado de extrema violencia? Y particularmente, ¿de qué modo este tipo de formalismo no vendría a representar de manera adecuada el daño en una dimensión particular ligada a graves violaciones a los derechos humanos?

Una primera limitación que vale la pena señalar es que la manera formal con la que el derecho procede para indagar el daño lo hace como una operación. El daño en el enfoque legal por tanto se abre en la posibilidad de que el derecho observe qué es la causa y cuál es su efecto. No profundiza en aquello que *observa* en la experiencia de la violencia. Esto conduce a un modelo que sólo conserva aquellos presupuestos de la experiencia que hacen posible la significación material de la acción violenta que debe acoplarse a las determinaciones del esquema con el cual el derecho procede a identificar el daño. En otras palabras, el concepto de daño es utilizado de forma abstracta y

---

<sup>18</sup> López, Claudia (Cord.) “El daño”. En: *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Pág., 77.

<sup>19</sup> *Ibid.*, Pág. 81.

<sup>20</sup> *Ibid.*, Pág. 88.

<sup>21</sup> Hegel, G. W. F, *Fenomenología del espíritu*, Pág. 34.

dependiente de un esquema que prescinde del sustrato específico de la representación sensible del daño: el dolor y el sufrimiento.

En este esquema el dolor y el sufrimiento es lo no observable. Es un entorno de los procesos síquicos y sensibles de los sujetos y las sociedades que el derecho no tiene acceso en el proceso de su formalización esquemática. Esto no quiere decir que el derecho no pueda contemplarlos en sí mismos en su proceso de observación, sino que no es su finalidad representacional. Su única finalidad es conducir esos fenómenos a su modelo formalizador, es decir, “regularizar” las situaciones de hecho conforme al esquema o la regla.<sup>22</sup> Visto de esa manera, el derecho impone una lógica de *representación formalista* que mira las propiedades de la experiencia sufrida por la víctima como un simple efecto paradigmático de ilegalidad. En este sentido, la lógica de representación formalista nos hace pensar en el daño como una imagen sin ningún tipo de *experiencia*. Únicamente logra representar el daño como una dualidad objetiva: quien comete un delito y quien lo padece.

Por consiguiente, la representación con la que se apoya el derecho para darle apariencia al concepto de daño se mantienen enmarcada en esos extremos sin contenido alguno de la experiencia del dolor y el sufrimiento. De nuevo, utilizando un argumento de Hegel contra el formalismo, lo que el derecho consigue optando por este tipo de lógica de representación es, “concretamente, un diagrama parecido a un esqueleto con etiquetas pegadas encima o a esas filas de tarros rotulados que se alinean en las tiendas de los herbolarios; tan claro es lo uno como lo otro, y si allí faltan la carne y la sangre y no hay más que huesos y aquí se hallan ocultas en los tarros las cosas vivas que contienen, en el método a que nos referimos se prescinde de la esencia viva de la cosa o se la mantiene escondida”.<sup>23</sup>

De ese modo, una consecuencia de este enfoque legal es la de adecuar el concepto de daño a un tipo de representación formal que no da lugar a la apertura de otras tramas de relaciones del sufrimiento vivido, pensado y sentido por la víctima. El tejido que describe y define el sufrimiento y el dolor son las experiencias sensibles que no deben permanecer escondidas: son una necesidad del esquema del concepto de daño para que pueda éste

---

<sup>22</sup> Bourdieu, Pierre. “Elementos para una sociología del campo jurídico”. Pág. 204.

<sup>23</sup> Hegel, G. W. F, *Fenomenología del espíritu*, Pág. 35.



construirse sin la urgencia de la objetividad. De ahí surgen varias preguntas: ¿debe ser la representación y el reconocimiento del daño una cuestión objetiva? ¿cómo hacer compatible esa objetividad con la perspectiva de la representación de aquel que sufrió el daño?

A estas preguntas pensaría que habría que responder de forma indirecta: no siempre debe ser la objetividad una cuestión que destruya la experiencia y la representación de la “esencia viva de la cosa”, como afirma Hegel. Lo que es posible sugerir dentro de este enfoque legal es que es más adecuado, al menos en situaciones de graves violaciones a los derechos humanos, donde se hace patente la magnitud del daño, tratar de entender y representar ese concepto a la luz de lo más bajo de la experiencia del dolor y sufrimiento de las víctimas. Con ello lo que se pretende no es derivar ese concepto de los efectos psicológicos de quienes padecieron el daño, sino evitar que esta universalidad pretendida por el formalismo del derecho construya los conceptos de modo superficial.

Prescindir del sufrimiento y el dolor dentro del esquema conceptual que hacen patente el significado del daño, lo que consigue es “sólo entendimiento muerto y conocimiento externo”<sup>24</sup>. El sufrimiento y el dolor, como afirma Jünger, es una de esas llaves con que abrimos las puertas no sólo de lo más íntimo, sino a la vez del mundo”<sup>25</sup>. Es esa relación del ser humano con el dolor y el sufrimiento que se sustraen del enfoque legal. Son esos dos criterios, por el contrario, desde ese esquema que se impone, revestidos de una determinabilidad absoluta del saber jurídico. Desde este supuesto, lo que consigue el derecho es etiquetar e identificar la experiencia del daño pero no aprehende y nombra el dolor y sufrimiento que equivalen a ese movimiento vital del concepto; ese movimiento donde se muestra a toda luz la experiencia de la violencia y la representación de la afectación de las víctimas que han padecido un daño.

De este modo, como principio para que un esquema conceptual de justicia transicional incorpore la dimensión del sufrimiento y el dolor, sobre la base de un enfoque más amplio que el formalismo legal, se requiere de un impulso de decisiones sustantivas que no acudan tanto a la definición y conceptualización legal, sino a una amplitud de procesos narrativos y espacios políticos del daño. Más que imponer un esquema a todas

---

<sup>24</sup> Hegel, G. W. F, *Fenomenología del espíritu*, Pág. 35.

<sup>25</sup> Jünger, Ernst. *Sobre el dolor*, Barcelona: Tusquets, Pág. 13.

las experiencias sufridas luego de un pasado de extrema violencia para definir el daño, se necesita aclarar el sentido del sufrimiento y el dolor padecido en el que tuvo lugar ese daño.

El paso de lo uno (de un formalismo legal del concepto de daño) a lo otro (al significado del sufrimiento y el dolor en el concepto de daño) tiene que alcanzarse a partir de la reflexión conceptual de la otra cara que se reclama del enfoque legal: la de no sólo adecuar el daño al esquema formal de sus tipologías para exigir así justicia, sino profundizar en los aspectos básicos del sufrimiento y el dolor de los sujetos y las comunidades que han tenido que padecer la violencia extrema. Sólo cuando se haya cuestionado y visto amenazado el esquema conceptual del enfoque legal crecerá la necesidad de inclinarse hacia esa dimensión del dominio político del dolor y el sufrimiento para darle una vigencia universal al concepto de daño.