

## EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS Y LAS SANCIONES DE LOS ACTORES DEL CONFLICTO ARMADO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: disyuntiva dogmática entre el margen de acción, la ponderación y el garantismo jurídico\*

Semillero de Derecho Procesal IUS – PRAXIS  
*Universidad Libre, Seccional Socorro\*\**

*Johan Sebastian Lozano Parra<sup>1</sup>, Lindsay Tatiana Cediél Ribero<sup>2</sup>,  
María Paula Rojas Torres<sup>3</sup>, Dayan Stiven Chacón Campo<sup>4</sup>, María Fernanda Ardila Cala<sup>5</sup>,  
Juan Pablo Sánchez Galvis<sup>6</sup>, Brahian Martínez Díaz<sup>7</sup>, Juliana Cuevas<sup>8</sup>  
Martínez, Silvia Vanessa León Quintero<sup>9</sup>, Silvia Juliana Jiménez Monsalve<sup>10</sup>*

*Director del Semillero:  
Carlos Fernando Morantes Franco*

\* Artículo inédito de investigación

Artículo inédito. Recibido el 8 de septiembre de 2018 – Aprobado el 15 de diciembre de 2018.

Para citar el artículo: LOZANO PARRA, Johan Sebastián; CEDIEL RIBERO, Lindsay Tatiana; et ad. EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS Y LAS SANCIONES DE LOS ACTORES DEL CONFLICTO ARMADO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: disyuntiva dogmática entre el margen de acción, la ponderación y el garantismo jurídico. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 7, Julio - Diciembre de 2018. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 11-33.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XIX Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 5, 6 y 7 de septiembre del 2018, en la ciudad de Cali.

\*\* El Semillero de Derecho Procesal IUS-PRAXIS está conformado por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Seccional Socorro.

<sup>1</sup> Ponente: Johan Sebastian Lozano Parra, E-mail Sebaslp2308@gmail.com, Estudiante de Cuarto año de Derecho y actual monitor del centro de investigaciones jurídicas y socio jurídicas de la Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales.

<sup>2</sup> Lindsay Tatiana Cediél Ribero, E-mail litacery@gmail.com, Estudiante de Cuarto año de Derecho

<sup>3</sup> María Paula Rojas Torres, E-mail Rojithas-1997@hotmail.com, Estudiante de Cuarto año de Derecho

<sup>4</sup> Dayan Stiven Chacón Campo, E-mail Dayanchaconcampo@gmail.com, Estudiante de Cuarto año de Derecho y miembro fundador del Laboratorio de Debate Académico de la Universidad Libre seccional Socorro

<sup>5</sup> María Fernanda Ardila Cala, E-mail Mafeardila1398@gmail.com, Estudiante de Cuarto año de Derecho

<sup>6</sup> Juan Pablo Sánchez Galvis, E-mail jsanchez9608@gmail.com, Estudiante de Cuarto año de Derecho y miembro fundador del Laboratorio de Debate Académico

<sup>7</sup> Brahian Martínez Díaz, E-mail Brahian\_30@hotmail.com, Estudiante de Cuarto año de Derecho y miembro fundador del Laboratorio de Debate Académico

<sup>8</sup> Juliana Cuevas Martínez, E-mail Julicue97@gmail.com, Estudiante de Cuarto año de Derecho y miembro fundador del Laboratorio de Debate Académico

<sup>9</sup> Silvia Vanessa León Quintero, E-mail Silvalequi@hotmail.com, Estudiante de Cuarto año de Derecho

<sup>10</sup> Silvia Julián Jiménez Monsalve, E-mail Silviajulianajimenezmonsalve@gmail.com Estudiante de Cuarto año de Derecho y miembro fundador del Laboratorio de Debate Académico

## Resumen

La presente ponencia esquematiza los resultados realizados por el semillero IUS-PRAXIS, cuyo objetivo general es analizar las disyuntivas dogmáticas de los postulados de Robert Alexy y Luigi Ferrajoli en torno a los esquemas de la JEP, en relación con el derecho de las víctimas y las sanciones de los actores del conflicto. Por lo tanto, el aporte esencial de esta investigación es priorizar la necesidad de hacer uso de estos postulados teóricos en el marco de la Justicia Transicional, priorizando de esta manera la posibilidad de fortalecer la paz y la justicia sin desproporcionar sus valores constitucionales y sociales. La pregunta problema a resolver, es: ¿La ponderación y el garantismo jurídico configuran un límite a la acción procesal sobre la cual debe actuar la JEP para cumplir fines constitucionales de la paz y la justicia? Finalmente, se indica que las disyuntivas dogmáticas son esencialmente complementarias.

**Palabras Clave:** conflicto armado, derecho de víctimas, garantismo jurídico, jurisdicción especial para la paz, ponderación.

## Abstract

This paper outlines the results of the IUS-PRAXIS seedbed. Whose general objective is to analyze the dogmatic dilemmas of the postulates of Robert Alexy and Luigi Ferrajoli about the schemes of the JEP, in relation to the right of the victims and the sanctions of the actors of the conflict. Therefore, the essential contribution of this research is to prioritize the need to make use of these theoretical postulates in the framework of Transitional Justice, thus prioritizing the possibility of strengthening peace and justice without disproportionate their constitutional and social values. The question to be solved, would be: does the weighting and legal guarantee constitute a limit of procedural action on which the JEP must act to fulfill the constitutional purposes of peace and justice? Finally, it is indicated that the dogmatic dilemmas are essentially complementary.

**Key words:** Armed Conflict, Victims' Rights, Legal Guarantee, Special Jurisdiction for Peace, Weighting.

## INTRODUCCION

A partir del Acto Legislativo No. 01 del cuatro (4) de abril de 2017, se aseveró la creación de disposiciones transitorias y constitucionalmente aceptables para la culminación del conflicto armado, así como la estructuración de una paz estable y duradera como estándar del post- conflicto. Esto trajo grandes cambios en los paradigmas jurídicos y

socio-jurídicos, que vislumbró la creación de una justicia transicional con componentes omnicomprendidos y condicionados para la temporalidad sobre la cual iba a regirse el cambio social, económico, y cultural de Colombia. Este eje crea la Jurisdicción Especial para la Paz –en adelante JEP– que desarrolla al completo el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición, –en adelante por las siglas SIVJRNR- incorporado al ordenamiento jurídico nacional.

Gran nivel de relevancia toma la JEP al postularse como el órgano jurisdiccional encargado de sancionar y juzgar a las partes del conflicto armado por hechos ocurridos hasta la fecha de la firma del acuerdo final de paz entre las FARC – EP y el gobierno nacional. Entre los grandes puntos de confrontación y alivio social se encuentra el juzgamiento de los miembros negociadores, así como los miembros que directa e indirectamente hubiesen participado en el conflicto armado. Es por ello, que el modelo de justicia transicional optado por Colombia no es una simple herramienta de uso jurídico, sino de un mecanismo íntegro y altamente conveniente, que recogen en su contenido las tendencias y estándares internacionales de derecho<sup>1</sup>. Lo anterior, en el entendido del componente de la responsabilidad derivada por la violación de derechos humanos en tiempos de guerra, transformando a la JEP en un órgano que combina los matices de una comisión de la verdad con un alto tribunal que da trámite a procesos judiciales<sup>2</sup>.

Si bien los aspectos anteriormente mencionados esbozan brevemente la naturaleza jurídica de la JEP, esta queda abierta a la toma de debates hermenéuticos propios de la dogmática jurídica, la cual entra en colisión con los derechos de las víctimas y las sanciones derivadas por la responsabilidad de los actores del conflicto armado. Asunto que debe ser resuelto dentro en un proceso judicial de carácter especial. Para resolver esta confrontación se deben acudir a postulados sustanciales – procesales, como método para verificar la validez del objeto de la restauración y la punición transicional. Razón por la cual, la teoría de la "ponderación" y la teoría "del margen de acción" del profesor *Robert Alexy* determina lo idóneo, necesario y proporcional, relacionado con el deber estatal de investigar, juzgar y sancionar todos los actos cometidos en función de la vulneración de derechos humanos. Así como los derechos que tienen las víctimas de conocer la verdad, de sentirse reparadas y de garantizarse la no repetición de dichos actos sobre su persona. No obstante, tal postulado teórico se pone en disyuntiva complementaria a los argumentos dogmáticos del profesor *Luigi Ferrajoli* y su teoría del "garantismo jurídico" que a *grosso modo* se traduce en la imposición de penas garantistas, conservativas e innovadoras, propias del derecho procesal penal. Si bien las excelsas teorías no son

<sup>1</sup> VINJAMURI, L., & BOESENCKER, A. (septiembre de 2007). Centre for Humanitarian Dialogue. Obtenido de [https://www.files.ethz.ch/isn/39727/0907\\_Accountabilityreport.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/39727/0907_Accountabilityreport.pdf)

<sup>2</sup> ROHT-ARRIAZA, N. (7 de marzo de 2005). Transitional Justice and Peace Agreements. The International Council On Human Rights Policy. Obtenido de <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=80E8A05AECAC41C8092AB4F12BD5FEB8?doi=10.1.1.602.7048&rep=rep1&type=pdf>

directamente debatidas una de otra, estas generan puntos de discusión que potencian cada uno de los postulados, toda vez que la mera aplicación de la teoría *Alexyana*, daría como decantación la aplicación retórica de la JEP, creando consigo un mapa donde la realidad y la teoría no son consecuentes con la finalidad de la paz<sup>3</sup>. Esto plantea una pregunta, la cual va dirigida a orientar el patrón que puede ayudar a la incorporación de las dogmáticas jurídicas a la práctica procedimental de la JEP. Se plantea la siguiente pregunta: ¿La ponderación y el garantismo jurídico configuran un límite a la acción procesal sobre la cual debe actuar la JEP para cumplir fines constitucionales y convencionales?

Por lo tanto, la presente ponencia hace hincapié y busca generar aclaraciones teóricas y conceptuales, que versan sobre el derecho de las víctimas y las sanciones de los actores del conflicto armado desde la dogmática jurídica de la ponderación y el garantismo jurídico. Para lo cual, se trazaron tres (3) objetivos a saber, que estructuran el contenido formal de la ponencia de la siguiente manera: el primer capítulo i) busca encaminar a establecer los postulados de Robert Alexy, en torno al modelo de justicia transicional escogido en Colombia y su aplicación teórica en la JEP, para ello se acude a explicar inicialmente la teoría del margen de acción y su operatividad directa en la JEP; complementariamente la teoría de la ponderación como fundamento aplicativo para la justicia transicional. En el segundo capítulo ii) se indaga directamente en la teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli y como esta puede influenciar en determinar las sanciones de los actores del conflicto armado, así como las clasificaciones en el manejo sustancial y procesal presentes en la JEP a partir de este precepto dogmático. Finalmente, en el tercer capítulo iii) se hace un bosquejo general de la JEP en torno al tejido contemporáneo de Colombia, incorporando a manera de comentarios las teorías dogmáticas de Alexy y Ferrajoli al contexto fenomenológico y jurídico.

## I - Los supuestos teóricos alexianos en la aplicación de la jurisdicción especial para la paz

En el ordenamiento jurídico colombiano los supuestos teóricos y dogmáticos de Robert Alexy han tenido principal incidencia e influencia académica, siendo sus postulados usados por los altos tribunales como la Corte Constitucional, la cual ha profundizado ampliamente en el manejo preponderante del esbozo hermenéutico del test de ponderación, factores decisionales que han trascendido a nivel nacional con sus sentencias. Tales factores hermenéuticos que eventualmente se verán reflejados de manera más concisa en las decisiones que deberá dar la Sala Plena de la Corte Constitucional sobre los fallos de tutelas contra las acciones y omisiones de la JEP,

<sup>3</sup> GÓMEZ REYES, V. (2016). Debate ponderación y garantismo en la Justicia Transicional colombiana. En P. González Monguí, Los derechos fundamentales en la teoría jurídica (Doctorado ed., págs. 249 - 279). Bogotá: Universidad Libre.

competencia que podrá ser adquirida de manera especial por medio de la selección que los cuatro (4) magistrados decidan votar a favor de la revisión de la tutela – que están conformados por dos (2) magistrados de la Corte Constitucional escogidos por sorteo y de manera aleatoria y por dos (2) magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz<sup>4</sup>.

## 1. Los márgenes de acción del ordenamiento jurídico colombiano en la JEP

Según Robert Alexy (2003), en su obra *Tres escritos de los derechos fundamentales*, el marco jurídico colombiano debe de analizarse a partir de su Constitución Política y por ende de la constitucionalización propia del derecho en sus múltiples ramas, configurando con ello en la teoría de los márgenes de acción, compuesto por dos clases de normas, por un lado, las órdenes y por otra las prohibiciones.

Sobre este margen, la normatividad que contempla el proceso de la jurisdicción especial para la paz – JEP- debe estar compuesta en su contenido formal por órdenes y prohibiciones, tal caso debe ser el del Acto Legislativo No. 1 de 2017 y del Proyecto de Ley 225 de 2018 – el cual se encuentra actualmente en pulsos políticos y debates parlamentarios<sup>5</sup>-. Sobre lo anterior, se entiende por un lado como órdenes, todas aquellas normas de carácter nacional y en un orden jerárquico de carácter convencional que deben definir lo eventualmente necesario para los operadores jurisdiccionales de la JEP, entendiéndose sobre esta base todo el marco del artículo 8 al artículo 26 del Acto Legislativo No. 1 del 2017 el cual compone los elementos que deben ser desarrollados procedimentalmente. Por otro lado, las prohibiciones reglamentan el conjunto de imposibles e impedimentos que en un caso en concreto deben de estipularse y delimitarse para evitar violaciones a lo determinado inicialmente en los diálogos de paz de la Habana. Ejemplificando un caso, se trae a colación la sentencia AP-21762018 de la Corte Suprema de Justicia, en la que se estipula la interpretación del artículo 19 del Acto Legislativo anteriormente citado que traza como impedimento la extradición de los exintegrantes de las FARC-EP o personas acusadas con ocasión de los delitos cometidos en época de guerra y marca como gran delimitación el factor determinante de la actuación punitiva para reglamentar un posible conflicto de competencias en la JEP.

Continuando con la idea anterior, el orden marco se encuentra compuesto en primer lugar por el margen de acción, y en segundo lugar, por el campo de discrecionalidad, que consiste en la eventualidad de circunstancias sobre las cuales al no encontrarse estipulaciones que expresen prohibiciones u órdenes, son por lo tanto posibles y como

---

<sup>4</sup> COLOMBIA (4 de abril 2017) Acto Legislativo No. 1 Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones

<sup>5</sup> EL TIEMPO, (28 de junio 2018). Así quedó la ley de procedimiento de la JEP, Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/como-esta-la-ley-de-procedimiento-de-la-jep-236858>

consecuencia directa de esto se desarrolle al completo el *margen de acciones*<sup>6</sup>. Es bajo este escenario que los operadores jurídicos que intervienen en el procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz – Justicia transicional – deben desplegar para actuar dentro de un marco específico que determine las medidas o pasos que surjan dentro del proceso. Así como las penas o sanciones alternativas privativas o no privativas de la libertad para los actores del conflicto armado, sobre el cual se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 y del sub-punto 5.1.2 del Acuerdo Final de Paz de la Habana (2016). Lo anterior en el entendido que el investigado hubiese sido encontrado culpable y pueda ser calificado con estas sanciones, según el marco de la JEP y el ordenamiento jurídico – procesal.

Robert Alexy indica al respecto sobre esta teoría:

*"(...) Lo prohibido puede distinguirse como lo constitucionalmente imposible lo ordenado como lo constitucionalmente necesario y lo discrecional como lo constitucionalmente posible"*<sup>7</sup>.

En concordancia con lo estipulado por el autor, las fórmulas procedimentales de la JEP respecto al derecho de las víctimas y las sanciones a los actores del conflicto, deben estar sujetas a lo realmente posible bajo el ordenamiento jurídico; a lo consecuentemente necesario y sobre la actuación procesal tanto para los actores investigados, como para los magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz. Proscribir todo aquello imposible y por lo tanto lo prohibido. Sobre lo cual cabe mencionar que el régimen sancionatorio y disciplinario de los magistrados que conforman la JEP es el mismo previsto para jueces y magistrados sobre lo cual estarían sometidos a su vez en las causales de impedimentos que indique la norma procesal vigente en el momento de la realización de un proceso de jurisdicción especial<sup>8</sup>

Establecidos los anteriores planteamientos es dable indicar por lo tanto como párrafo conclusivo de las ideas, que el proyecto de Ley 225 de 2018 se debe ajustar a la dogmática de los márgenes de acción y de encontrarse ya establecida, se escudaría el proceso propiamente dicho y en consecución de ello las eventuales nulidades o recursos que

<sup>6</sup> GÓMEZ REYES, V. (2016). Debate ponderación y garantismo en la Justicia Transicional colombiana. En P. González Monguí, Los derechos fundamentales en la teoría jurídica (Doctorado ed., págs. 249 - 279). Bogotá: Universidad Libre.

<sup>7</sup> ALEXY, R. (2003). Tres escritos de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado. Pág. 55

<sup>8</sup> Colombia. (31 de agosto 2004) Ley 906 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

busquen las declaraciones de inconstitucionalidad y de inconveniencia;<sup>9</sup> ya sea, que este se dé por control constitucional o convencional, a petición de partes o *ex officio*<sup>10</sup>.

## 1.1. Estructura del margen de acción

El principal reto que tiene actualmente la JEP es "*conformar una estructura robusta y flexible*"<sup>11</sup>, que permite por un lado implementar los acuerdos de paz y estructurar una sociedad más incluyente, tal situación en perspectiva comparable no puede ser dable. Toda vez que no existe internacionalmente una jurisdicción especializada con tanto nivel de complejidad que la colombiana, pues este es un tribunal de nivel nacional y no un tribunal transicional derivado del vencedor de una guerra.<sup>12</sup> Tal margen de estructuración deriva directamente de los acuerdos de paz negociado en la Habana y hace referencia a las libertades constitucionales sobre las cuales se fundaron para la creación de la JEP y en este sentido del universo jurídico abordado por órdenes y prohibiciones que son empleadas por los negociadores del acuerdo y actualmente por el poder legislativo ante el proyecto de ley estatutaria de procedimiento de la JEP – Ley 225 de 2018- que desarrollo el marco jurídico de la paz, a su vez este margen estructural esta otorgado directamente a los magistrados de la jurisdicción especial que están vestidos de competencia para pronunciarse sobre asuntos en concreto.<sup>13</sup>

## 1.2. De la teoría alexiana a la aplicación en el contexto colombiano.

### 1.2.1. La fijación de fines de la teoría alexyana en la JEP

No existe fluctuación alguna en el deber que yace en las autoridades públicas y jurisdiccionales de acatar y velar por el cumplimiento de un fin constitucional, cuando este se encuentra reglamentado, acompasado y ordenado en el ordenamiento jurídico, en lo posible es un propósito que debe ser finalista de toda actuación que sea realizada en la JEP, toda vez que este promueve la prosperidad general.<sup>14</sup> Y así mismo, se cumpla el fin constitucional de la paz, adoptado en su artículo 22 el cual dice: "*La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento*".

<sup>9</sup> Entiéndase este concepto desde los postulados del control de convencionalidad y en sentido amplio en el ejercicio que realiza el juez nacional por evaluar y encontrar coincidencias entre normas internas y normas de nivel internacional, con el objetivo de evitar contradicciones entre una norma y otra y con ello generar por un lado inaplicación de una norma convencional o el pleno desconocimiento de esta (Loianno, 2008).

<sup>10</sup> GÓMEZ REYES, V. (2016). Debate ponderación y garantismo en la Justicia Transicional colombiana. En P. González Monguí, Los derechos fundamentales en la teoría jurídica (Doctorado ed., págs. 249 - 279). Bogotá: Universidad Libre.

<sup>11</sup> UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA (7 de febrero 2018). Conformar una estructura robusta y flexible, el primer reto de la JEP Un Periódico Digital, Bogotá D.C.

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

<sup>13</sup> Ministerio de Justicia. (2017). ABC de la Justicia Transicional. Bogotá: Gobierno Nacional

<sup>14</sup> DAZA DUARTE, S., & QUINCHE PINZÓN, R. (s.f). Finalidad De Los Principios Y Valores Constitucionales En El contexto Del Estado Social De Derecho En Colombia. Verbaluris, 1 - 23.

Todos aquellos fines acuñados en las normas que regulan la JEP, son por sí solos postulados alexyanos, que permiten la consecución y cumplimiento de fines específicos que, si bien no se encuentran en el margen de lo ordenado y lo prohibido, estos nacen a la vida jurídica de manera consecuente a nuestro ordenamiento jurídico, siendo este el caso de lo indicado por el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo No. 1 de 2017 que señala como finalidad:

*"(...) 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 o indirecta en el conflicto armado interno (...)"<sup>15</sup>*

En este punto que la reparación alternativa, se torna como un fin de nuestro ordenamiento jurídico nacional tomándose como una fórmula defendible constitucionalmente, siendo este un acompañante de los fines del marco jurídico de la JEP (Gómez Reyes, 2016).

### 1.2.2. La fijación de medios de la teoría alexyana en la JEP

En la teoría de Alexy (2003), los medios pueden ser entendidos como las herramientas designadas para cumplir los objetivos o fines de la constitución o normas que deriven de esta por medio del margen de acción de fijación de fines – estructura explicada en el numeral anterior. Si bien la Constitución Política de Colombia de 1991, es estándar del llamado neoconstitucionalismo.<sup>16</sup> Está solo edifica medios procedimentales que permiten la consecución de los derechos fundamentales e interés colectivos de la nación, a estos medios permitidos se les conoce como *"el margen de acción para elección de medio"*. No obstante, a pesar de no encontrarse la JEP dentro del contenido constitucional propio sino dentro del contenido transitorio debe entenderse todo el marco que lo circula como el medio por el cual cumplir el fin de la reparación integral de las víctimas del conflicto armado.

Situación diferente fue la ocurrida en el proceso de justicia y paz Ley 975 de 2005 en la cual las situaciones que dieron cabida a todo el marco del post-conflicto no se encontraban inmersa en lo ordenado o lo prohibido por la constitución, siendo este un medio no adecuado para una finalidad específica la cual no es otra que la reparación de las víctimas de manera integral. Otro ejemplo, es el encontrado en la Ley 1448 de 2011, que, si bien estos no se encontraban entre lo ordenado y lo prohibido en el mandato

<sup>15</sup> COLOMBIA (4 de abril 2017) Acto Legislativo No. 1 Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones

<sup>16</sup> COMANDUCCI, P. (2016) Neoconstitucionalismo, Interpretación y Estado de Derecho. Bogotá: Universidad Libre, Colección: Tendencias contemporáneas del Derecho

constitucional, este paso el medio o herramienta por la cual dio procedimiento la Ley de Víctimas, coincidiendo por lo tanto con la búsqueda de un fin específico que era el de proteger el derecho de las víctimas en época de conflicto armado, objetivo que concuerda con el alto mandato constitucional.

### 1.2.3. El margen de acción para ponderar

Finalmente, y antes de abarcar la temática de la ponderación, es dable hacer un acierto acerca de la virtud de la discrecionalidad y asentar la importancia de esta teoría en la decisión judicial esbozada una providencia de la JEP.

Respecto a ello Alexy señala:

*"El margen para la ponderación es la parte esencial de la dogmática de la constitución como marco. La forma como debe resolverse el problema de la constitucionalización depende sobre todo de la respuesta que se dé al problema de la ponderación"*<sup>17</sup>

Esto en palabras del autor en comento, indica que el margen de acción no busca eliminar del todo la posibilidad de la ponderación o de la colisión entre principios, normas, órdenes y prohibiciones, sino de dar claridad en la existencia de múltiples soluciones y salidas a las problemáticas que pueda conocer la JEP, y en consecuencia de ello contemplar en la providencia lo prohibido y ordenado dentro del ámbito constitucional.<sup>18</sup>

### 1.3. La ponderación en el marco de la Jurisdicción Especial Para La Paz

La ponderación contemporáneamente en Colombia, se realiza por medio de un test estricto de proporcionalidad que estructura los resultados de los ejercicios hermenéuticos que principalmente los realiza la Corte Constitucional, pero que sin duda serán ejercicios diarios que deberán realizar los operadores jurisdiccionales habilitados y seleccionados por la Jurisdicción Especial para la Paz. Sobre el cual cada ejercicio que se formule debe postular el artículo 22 constitucional, para el manejo teórico de cada situación, señala al respecto de la anterior idea el doctrinante Miguel Carbonell que la cuestión de la proporcionalidad es entonces relevante si se comprende por parte de los magistrados de la JEP que no todos los derechos que versen sobre las situaciones sean absolutos; sino que estos deben limitarse y el límite de su actuación siempre debe recaer en la búsqueda de la paz y la reparación de las víctimas. En otras palabras, los ejercicios académicos propios como lo es la proporcionalidad en el marco de concepciones que elucubren a la JEP posibilitan el fortalecimiento de la paz estable por medio de fines – objetivos-, y

<sup>17</sup> ALEXY, R. (2003). Tres escritos de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado.

<sup>18</sup> ALEXY, R. (2012). Teoría de los derechos fundamentales (Segunda ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

medios – herramientas procesales-, que sean garantistas, proporcionales y eventualmente necesarios.<sup>19</sup>

Ahora bien, respecto a las sanciones de las víctimas del conflicto armado derivadas por la responsabilidad de sus actos, para establecer si la justicia como derecho fundamental y elemento esencial del SIVJRN no se vertebran o quebrantan producto de la JEP, por la imposición de penas alternativas y extrajudiciales, en contra sentido al fin esencial de la paz, se debe aplicar el test de ponderación en el que los derechos que se enfrentaran son eventualmente principios en este caso el de Justicia y Paz.<sup>20</sup>

### 1.3.1. El Test estricto de proporcionalidad

Enfrentar dos principios constitucionales tan relevantes como lo es la justicia y la paz, viéndose está implicada estrechamente en la concepción de la JEP, reducir uno inmediatamente significa minimizar el otro y respecto a esto la Corte Constitucional ha indicado que, la concepción de proporcionalidad sirve de apoyo y soporte a la ponderación cuando principios constitucionales se encuentran en conflicto respecto a un caso determinado y corresponde al juez constitucional -y en el caso de estudio al magistrado de la JEP- determinar el límite de reducción que justifique el derecho afectado para el ordenamiento jurídico vinculado.<sup>21</sup>

La Corte Constitucional ha indicado que el test de ponderación teniendo en cuenta la proporcionalidad cuenta con tres (3) niveles de intensidad hermenéutica: i) el test leve, ii) el intermedio y iii) el test estricto, que según cual sea el escogido se tendrá un nivel más alto o bajo de rigor en la interpretación y adecuación normativa.<sup>22</sup>

En el caso de la JEP como modelo de Justicia transicional escogida por Colombia, no cabe duda en indicar que el test que debe ser tomado a consideración es el estricto, toda vez que sobre este proscenio se estipula la protección constitucional de los derechos fundamentales, la mentada sentencia C- 673 de 2001 hace mención al respecto que: *"cuando la medida que hace diferencia entre personas o grupos (...) que se afecte gravemente el goce de un derecho constitucionalmente fundamentado"*.<sup>23</sup> Caso de la JEP sobre el cual algunas decisiones deberán ser tomadas a partir del conflicto entre justicia y paz.

<sup>19</sup> GÓMEZ REYES, V. (2016). Debate ponderación y garantismo en la Justicia Transicional colombiana. En P. González Monguí, Los derechos fundamentales en la teoría jurídica (Doctorado ed., págs. 249 - 279). Bogotá: Universidad Libre.

<sup>20</sup> DWORKIN, R. (1984). Los Derechos en serio. Barcelona: Ariel.

<sup>21</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-511/10, (Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto) Expediente T-2.395.898

<sup>22</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-673/01, (Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa) Expediente: D-3033

<sup>23</sup> Ibid

#### 1.4. La legitimidad e imperiosidad de la paz como fin de la JEP

No cabe duda alguna en afirmar que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento que concluye en su legitimidad como fin constitucional. En cuanto no existen limitaciones en tanto a la existencia de una prohibición constitucional. Esto en términos de aplicar, las teorías de Robert Alexy y haciendo uso del rigor hermenéutico, la paz es, por lo tanto, un fin que la JEP que debe ser tomado de manera imperiosa e importante, toda vez que esta expresa el desarrollo de otros fines constitucionales como lo son: a) La Soberanía popular; b) La democracia; c) El interés general; y d) los fines mismos del Estado Colombiano.

##### 1.4.1. Legitimación del medio de sanción de la JEP

La fórmula seleccionada en el actual modelo de justicia transicional de Colombia, tanto para los ex combatientes de las FARC-EP como de las Fuerzas Armadas de Colombia, de forma impositiva para los primeros y de manera voluntaria para los segundos anteriormente mencionados, están cobijados por sanciones privativas y no privativas de la libertad cuyas formas de ejecución de las sanciones restrictivas efectivas no han sido condiciones por el régimen actualmente.<sup>24</sup> No obstante, estos postulados son diferentes a los estipulados por el régimen de justicia ordinaria actual, y según la JEP estos medios alternativos, son medios legítimos, pues estos carecen de prohibiciones constitucionales y al contrario de otros medios alternativos, estos desarrollan los mandatos de la carta política, como lo son el de la democracia y legalidad. Al respecto de lo anterior la Corte Constitucional hace mención al indicar que:

*"La potestad punitiva del estado, así como su política criminal y las restricciones de los derechos fundamentales inherentes a su ejercicio, están justificados constitucionalmente por la necesidad de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo"*<sup>25</sup>

##### 1.4.2. Medio de sanción adecuado al fin constitucional

Llegando a este punto cabe mencionar que la imposición de penas alternativas ya sean privativas o no privativas de la libertad, es idónea para alcanzar el fin que no es otro que la Paz, a lo que señala el Doctor Arango (2004) que: *"Establecer si el medio escogido es adecuado (...) es idóneo para alcanzar el fin propuesto"*.

En definitiva, bajo otros argumentos, el medio escogido para sancionar en la JEP, es idóneo, esto en cuanto, verifica la consecución de alcanzar la paz por medio de la salida

<sup>24</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. (2016). Preguntas y respuestas de la Jurisdicción especial para la paz. Bogotá, Colombia: Gobierno nacional.

<sup>25</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-312/02, (Magistrado Ponente: Dr. Esperanza Espinosa Muñoz) Expediente: D-3766

no armada del conflicto, la dejación de armas y la firma de un acuerdo definitivo y bilateral;<sup>26</sup> entre dos grupos históricamente divididos. En el cual las partes convocadas, como los ejércitos de las FARC-EP no derrotados en combate, renuncian a las confrontaciones armadas y se predisponen a articular procedimientos políticos y democráticos en los cuales los principales intérpretes son los argumentos jurídicos y socio – jurídicos, y los principales protagonistas son las víctimas y no los victimarios – escenario que no es compartido por los sectores políticos de la oposición colombiana-. Por otra parte, es idónea la función sancionatoria de la JEP, pues rescata máximos jurídicos – procesales como lo es el principio de la mínima intervención, al respecto la Corte Constitucional ha establecido que: *"El ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado"*<sup>27</sup>

### 1.4.3. La necesidad del medio sancionatorio en la JEP

La necesidad como parámetro del test de proporcionalidad busca establecer en palabras de Alexy, si el medio escogido, es el menos gravoso, y el menos lesivo frente a otros intereses, es decir, a *grosso modo* indicar que no existe otra alternativa sancionatoria distinta a las penas no privativas de la libertad que perjudiquen en menor medida el fin de alcanzar la paz.

En este caso, ha de señalarse que el medio escogido debe adecuarse a los casos en concreto, que, a su vez, tiene una consecuencia punitiva tangencialmente distinta al fin propio de la pena privativa de la libertad, esto atendándose bajo los juicios de reproche que realiza el operador jurisdiccional.

#### 1.4.3.1. La Amnistía e indulto: ejemplo de necesidad del medio sancionatorio

A manera pedagógica y ejemplificando otro caso en el cual puede observarse el uso del test de proporcionalidad en la JEP, se seleccionarán los indultos y las amnistías. En el medio anteriormente mencionado y según la Jurisdicción Especial para la Paz, sobre la cual debe aplicarse de manera jerarquizada la Ley de amnistía Ley 1820 de 2016, se aplicara a los militares, combatientes y agentes del Estado que no hayan ejercido funciones tangenciales en el interior de la fuerza del conflicto armado, y que sus acciones no sean catalogadas como delitos tipificados dentro del Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos, así como tampoco constituirse como delitos de Lesa Humanidad<sup>28</sup>, o delitos que atenten contra los bienes jurídicos tuteados en el ordenamiento jurídico nacional, entendiéndose estos por los delitos como la rebelión, delitos políticos entre otros. Estas medidas alternativas son un camino distinto al tomado por la justicia ordinaria, casos que conocerá la Sala de Amnistía de la JEP que en todo

<sup>26</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. (2017). ABC de la Justicia Transicional. Bogotá: Gobierno Nacional

<sup>27</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-365/12, (Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) Expediente D-8798

<sup>28</sup> ROMA (17 de Julio 1998) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

caso tendrá como fin la búsqueda de la paz, y la búsqueda de la verdad por medio de los agentes del estado de nivel nacional e internacional<sup>29</sup>.

En un inicio esta decisión de optar por el indulto y la amnistía como sanción no privativa de la libertad resulta crítica y no superaría el marco de lo necesario; no obstante, el marco jurídico de la justicia transición encauzo esta decisión y postulo como estándar el artículo 80 del Estatuto de Roma refiriéndose a la legislación nacional que:

*"Nada de lo dispuesto (...) se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de las legislaciones de los Estados en que no existan las penas prescritas en el presente (...)"*<sup>30</sup>

Haciendo mención al estatuto en comento, y aunando a lo anteriormente establecido se suma el Numeral 5 del Artículo 6 del Protocolo II adicional de 1976 del Convenio de Ginebra de 1948, el cual establece en torno a la protección del derecho de las víctimas del conflicto armado sin carácter internacional, que:

*"(...) a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procuraran conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado"*<sup>31</sup>

Respecto a lo anterior y en mención a la JEP, establece el exmagistrado de la Corte Constitucional Juan Carlos Henao, que:

*"(...) Las sanciones están enumeradas en el Artículo 40 del Acuerdo de Justicia Transicional que impide la amnistía para delitos de genocidio acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, crímenes de lesa humanidad (...)"*<sup>32</sup>

Sanciones que dependerán de lo expuesto en el proceso en cuanto se diga la verdad, en conjunto a ello se dejase las armas y se hubiera realizado el compromiso de no repetición para lo cual se aplicara la siguiente regla:

*"(...) Si no dicen la verdad o la dicen a medias, tendrán prisión de 10 a 20 años. Si la dice, tendrán restricción efectiva de la libertad entre 5 y 8 años en la zona y condiciones que determine el alto tribunal de paz (...)"*<sup>34</sup>

<sup>29</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. (2017). Abc Ley De Amnistía, Indulto Y Tratamientos Penales Especiales. Obtenido de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdf/ABC%20amnistia.pdf>

<sup>30</sup> ROMA (17 de Julio 1998) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

<sup>31</sup> GINEBRA (12 de agosto de 1949) Convenios De Ginebra Y Sus Protocolos Adicionales

<sup>32</sup> HENAO, J.C. (25 de junio de 2016). El acuerdo de Colombia es el más completo del mundo. El Espectador. Obtenido de <https://www.elespectador.com/entrevista-de-cecilia-orozco/el-acuerdo-de-colombia-el-mas-completo-del-mundo-articulo-639909>

<sup>34</sup> Ibid.

Lo anterior son argumentos válidos que se aplican para todos los miembros de la guerrilla incluso a los comandantes como Timochenko y para todos los servidores públicos del Estado o ex altos mandos del estado, que quieran someterse a la JEP.

#### 1.4.4. Principio de mínima intervención

Tratándose de justicia transicional y de la JEP como modelo idóneo de este, el principio de mínima intervención toma una postura aún más fuerte, pues indica la Corte Constitucional al respecto que:

*"(...) la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas solo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio"<sup>35</sup>*

#### 1.4.5. La proporcionalidad en sentido estricto de la Jurisdicción Especial

Las penas no privativas de la libertad, bajo los presupuestos *alexianos* superan los requerimientos jurídicos para encontrarse defendibles constitucionalmente ante cualquier autoridad jurídica y jurisdiccional. Al menos en sentido retórico y teórico respetan los márgenes de acción, al ser idóneos, necesarios y proporcionales, siempre que todos los postulados de la transición indicados en el Acto Legislativo 01 de 2017, pues estos permiten el tránsito de los diálogos a la paz. En otras palabras, se podría afirmar a manera de colofón que existe un *"visto positivo"* de la teoría de Robert Alexy a los diálogos de las FARC – EP y a la Jurisdicción Especial para la Paz, en torno a todos los desafíos que surgen a la luz del derecho de las víctimas y las sanciones. Es por lo tanto conveniente resaltar que las teorías anteriormente mencionadas encuentran fortificación bajo los postulados del garantismo jurídico del profesor Luigi Ferrajoli.

## II - El modelo de justicia transicional de Colombia y la teoría del garantismo jurídico

Si bien este capítulo se torna corto en relación sustancial del anterior expuesto, el fin último es acoplar las disyuntivas teóricas y complementar la influencia dogmática que posee la JEP.

### 2. El garantismo jurídico en la JEP

---

<sup>35</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-365/12, (Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) Expediente D-8798

El desarrollo concentrado de la teoría del garantismo jurídico por ser una teoría holística ha independizado estos preceptos dogmáticos de los grandes interrogantes de la teoría general del derecho, la teoría del estado, la democracia, del neoconstitucionalismo y el derecho penal<sup>36</sup> siendo esta mayormente aplicable a las implicaciones de los derechos humanos.

Dogmáticamente la teoría del garantismo jurídico pretende neutralizar el poder y evitar usos abusivos de este medio por parte del operador jurisdiccional – JEP-, lo cual se evita por medio de la creación de esquemas y sistemas garantistas que por otro lado busquen limitar la propugnación de los derechos humanos. En este sentido, Ferrajoli establece que el poder ilimitado ya sea en entidades públicas – privadas o nacionales e internacionales tomen un papel preponderante frente a la acotación de los derechos fundamentales y subjetivos.

En este orden de ideas, la noción de garantismo que más puede acoplarse al repertorio de la JEP es la entendida como, *"una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo."*<sup>37</sup> De tal manera que el ordenamiento colombiano se encuentra bajo las presunciones de la garantía al poseer diversas acciones procesales constitucionales, con las cuales se pueda promover la protección de los derechos subjetivos de la nación. A su vez, se puede hacer mención sobre que las prerrogativas de la JEP pueden darse a manera de prestaciones como una *"expectativa jurídica positiva"* y pretensiones como una *"expectativa jurídica negativa"*<sup>38</sup> sobre las cuales son titulares las víctimas del conflicto o los actores del conflicto armado.

## 2.1. La clasificación de las garantías jurídicas en el contexto de la Jurisdicción Especial para la Paz

Al igual que Robert Alexy hace de manera compleja realizando clasificaciones y subclasificaciones de principios dentro del margen de acción. Así mismo, Ferrajoli establece categorías en la garantía, determinándola en dos: i) la primera de carácter sustanciales llamadas, como *"garantías primarias"* y ii) la segunda de carácter jurisdiccional, así mismo denominadas como *"garantías secundarias"*.

Las garantías primarias son entre otros denominativos, jurídicas obligaciones de hacer y no hacer, predispuestas a realizar y garantizar un orden específico de las normas que protegen los derechos subjetivos de cada ordenamiento, que entre otras forman parte del orden marco de Robert Alexy. Las garantías secundarias son las obligaciones encargadas al órgano jurisdiccional en específico – JEP- encargado de sancionar o por el

<sup>36</sup> FERRAJOLI, L. (2006). Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta.

<sup>37</sup> FERRAJOLI, L. (2008). Democracia y garantismo. Madrid: Trotta

<sup>38</sup> FERRAJOLI, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales y sus garantías. México: CNDH.

contrario anular actos contrarios a la ley, por medio de los procedimientos predestinados, cuya finalidad es la no vulneración de las garantías secundarias.

Ejemplo de lo anterior y de manera pedagógica se explica lo siguiente: en el Estado colombiano, constitucionalmente la tortura como medio, no puede darse como herramienta para llegar a garantizar ningún fin (garantía primaria) y es entonces deber de las entidades jurisdiccionales designadas por el marco jurídico del acuerdo de paz las encargadas de realizar las sanciones alternativas y transicionales respectivas (garantías secundarias) que determinen el margen de punición para afectar las garantías de primer orden.

## 2.2. La influencia teórica y dogmática del garantismo penal en la JEP

Uno de los principales objetivos de los diálogos que se llevaron a cabo en la Habana, era el de buscar medios alternativos para lograr una paz estable y duradera, por medio de herramientas jurídicas transicionales de *"justicia restaurativa"*. En este punto Ferrajoli es un exponente necesario a la hora de hacer hincapié en la humanización de la guerra, toda vez que sus teorías tienen implicaciones positivas en el desarrollo de cualquier negociación, como la nuestra. Con ello, opta por indicar que debe de aplicarse un derecho penal mínimo y fijar garantías de carácter secundario que tengan como fin de los márgenes de acción no solo la paz si no la actuación del poder y del monopolio de la fuerza estatal.

Para la JEP y en relación con la teoría de Ferrajoli, no basta únicamente con determinar una sanción, ya sea dentro de un contexto ordinario o transicional, esta debe estar proyectada a cumplir garantías penales sustanciales (víctimas del conflicto) y garantías penales procesales (actores del conflicto armado). De tal manera, que los principios jurídicos como el de legalidad, materialidad, lesividad, culpabilidad entre otros deben ser comprendidos como garantías de nivel sustancial y principios como el de contradicción, defensa, presunción de inocencia, oralidad, carga dinámica de la prueba, publicidad constituirían dinámicas procesales en torno a las garantías secundarias. Al respecto, el proyecto de Ley 225 de 2018 entabla otros principios que en comento desarrollan la totalidad de los mencionados anteriormente, como lo es el principio de *"efectividad de la justicia restaurativa"*<sup>39</sup>.

### III – LA JURISDICCION ESPECIAL PARA LA PAZ DESDE LOS MODELOS DOGMATICOS

Trazados los diferentes enfoques dogmáticos sobre los cuales se desarrolla el marco jurídico de la paz, es necesario hacer mención que la creación de esta situación socio jurídica se debió en gran parte a la violación sistemática de derechos humanos y a la

<sup>39</sup> Colombia (2018) Proyecto de Ley 225 Por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz.

ineficacia del estado por mermar la situación de conflicto interno oportunamente y de manera garante, es por ello que fue preciso:

*"proponer una fórmula jurídica para enfrentar las tensiones y los delimitar que genera la pregunta acerca de qué hacer con los crímenes cometidos en el marco del conflicto"*<sup>40</sup>

En tal caso, la respuesta planteada debe por una parte darles principal papel a las víctimas y por otra parte resaltar los actores responsables de las violaciones a derechos fundamentales, lugar que debe ser presentado por una justicia efectiva y proporcional (teoría de Rober Alexy) y además de ello crear instituciones que tengan como fin la garantía de la paz (teoría de Luigi Ferrajoli). Es en tanto, que la JEP se declara como la fórmula modelo para confrontar el post-conflicto, y ser el imperativo entre paz y justicia. Pasando a ser la solución proporcional de los presupuestos de los máximos jurídicos como catálogo fenomenológico y axiológico, sobre el cual no se sacrifica ningún fin en gestión de conseguir otro.

La Jurisdicción Especial para la Paz es un instrumento que tiene legitimación de la función judicial, de la persecución penal y del deber jurídico que se impone por medio de las actividades de investigar y enjuiciar. El desarrollo entonces del proyecto de Ley 225 de 2018 en conjunto con el Acto Legislativo 01 de 2017, da por dicho dos resultados: el primero, i) relativo a todo el procedimiento de investigar y ejecutar los juicios de acuerdo a las normas nacionales y convencionales. Y el segundo, ii) relativo a la restauración de las víctimas del conflicto. En otras palabras, la JEP en torno a la dogmática pasa a ser un mecanismo que orienta el proceso de establecer la responsabilidad penal de una determinada persona, con el fin de promover la reincorporación del excombatiente y la reconciliación con la vida civil, es en otras palabras una justicia de reparación y verdad<sup>41</sup>

### 3. El garantismo y la ponderación para la Jurisdicción Especial

Bajo el contexto fenomenológico trazado a lo largo de los dos anteriores capítulos, se denoto no solo las disyuntivas dogmáticas entre ponderación y garantismo; sino también el debate entre la paz como finalidad y la justicia como medio. En ese orden de ideas, la ponderación encamina a la JEP a resolver los conflictos normativos y a favor de este postulado se encuentra Robert Alexy que sintetiza estas confrontaciones de la siguiente

<sup>40</sup> UPRIMNY YEPES, R. (noviembre de 2013). DeJusticia. Obtenido de [https://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recursos.363.pdf](https://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recursos.363.pdf)

<sup>41</sup> AMBOS, K. (2010). Procedimiento de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Bogotá: Temis. Recuperado el 20 de junio de 2018, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26869.pdf>

manera: *"cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"*<sup>42</sup>.

Refiriéndose en concreto al debate de justicia y paz, tan pertinente pasa a ser este eje temático, que son los tribunales de cierre de cada jurisdicción los influenciados al uso esbozado de estas teorías, cualquiera que sea el debate correctivo del derecho, (Bernal Pulido 2003), tarea que también será esbozada eventualmente por la JEP. Muestra de ello, lo indica Alexy al señalar que las sentencias judiciales están en la obligación de fundar su decisión en el ordenamiento jurídico que estén aplicando, es decir la JEP debe prescindir de las razones jurídicas y fenomenológicas que aduzcan sus decisiones bajo el marco jurídico de la paz, proscrito por sus leyes, decretos y normas. Así mismo y siguiendo el orden lógico e interpretando los postulados de Ferrajoli, que de manera tajante no se puede contemplar a la JEP como un ordenamiento jurídico más, si no que este debe edificarse continuamente creando y modificando decisiones siempre con el fin de garantizar la paz y la justicia.

En consecuencia, y cumpliendo con lo estipulado para este capítulo, la fórmula de la JEP es sin más que añadir, idónea, necesaria y proporcional, pero a este se deben añadir sustancialmente la garantía de las penas sustantivas y las garantías procesales que por su lado buscan verificar la verdad fáctica de los sucesos del conflicto<sup>43</sup>. Es por eso que consensualmente el estado colombiano frente a la JEP debe tener especial cuidado para no realizar sacrificios ponderativos de la justicia en beneficio de la paz, sino las posesiones filantrópicas jurídicas ante el coyuntural escenario actual.

En esta situación el maestro Luigi Ferrajoli (2015) fortaleciendo lo dicho por Robert Alexy, indica que el desarrollo de garantías penales y procesales de derecho exhibidas entre la justicia del debido proceso, modifica al completo la lógica guerrerista del estado, creando en la JEP un mecanismo idóneo para resolver problemas.

## CONCLUSIONES

La teoría del margen de acción de Robert Alexy alejada de la teoría y aplicándose en la justicia transicional aleja toda crítica que pueda ser adscrita hacia su pleno funcionamiento, alejando consigo toda exacción de divisiones políticas e ideológicas. Así como de la posibilidad por vertebrar el equilibrio de poderes del estado colombiano, dándole cabida al fortalecimiento de las competencias propias de la JEP en torno al derecho de las víctimas y a las sanciones a proponer, creando un ambiente de

---

<sup>42</sup> ALEXY, R. (2012). Teoría de los derechos fundamentales (Segunda ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

<sup>43</sup> FERRAJOLI, L. (2015). La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna. Bogotá D.C: Universidad de Roma III.

compromiso con la paz y la democracia. En ese orden de ideas se puede concluir lo siguiente:

1. Existe un nivel jerárquico normativo que debe tenerse en cuenta a la hora de realizar un test de proporcionalidad, el cual es el siguiente: i) artículo 22 constitucional, ii) Ley de Víctimas, iii) marco jurídico de la paz, iii) proyecto de ley 225 de 2018.
2. El nivel de intensidad de los Test de proporcionalidad y ponderación, cuando versan sobre la disyuntiva de la justicia y la paz, como postulados de las sanciones y los derechos, deben analizarse a través de los subprincipios sustanciales – procesales de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.
3. En consecuencia con lo realmente adecuado, necesario y eventualmente proporcional, expuesto por Robert Alexy en su test de ponderación, es dable indicar que la fijación de un medio de justicia ordinaria para el marco del post-conflicto se entienda como prohibido, aun estando permitido como última ratio, se hace necesario la búsqueda de la paz que se haga efectiva por medio de medidas alternativas y restaurativas, las cuales en este caso fueron las penas no privativas de la libertad que dan solvencia a la transición de la guerra y a lo convenido por los ejércitos “derrotados”.
4. En caso de no respetarse las garantías primarias y secundarias en el respectivo orden de aplicación y garantía, se podría estipular la nula aplicación de la teoría de Ferrajoli.
5. Cabe mencionar al respecto que las teorías alexyanas son los mecanismos que habilitan los resultados de los diálogos de justicia transicional de la JEP y el pensamiento dogmático de Luigi Ferrajoli, el límite constituido de lo idóneo, necesario y proporcional del procedimiento propiamente dicho. En tal sentido, las disyuntivas dogmáticas no son propiamente contradictorias si no, como bien se hizo mención en el texto formal del escrito son complementarias una de otra, pues el simple desconocimiento de las garantías de Ferrajoli por parte de la JEP, implicaría que la ponderación y el margen de acción de Alexy sea únicamente utilización retórica. Haciendo del Post-conflicto un proscenio donde la realidad nunca fue concluyente de la paz y la retórica quedo en simple uso oral de la palabra.
6. Siguiendo la idea anterior, el modelo de justicia transicional escogido en Colombia y denominado como Jurisdicción Especial para la Paz, es un modelo idóneo, eminentemente necesario y proporcional con las víctimas del conflicto armado, pero esto solo podrá ser verificable en tanto se esboce un derecho penal mínimo y unas garantías sustanciales y procesales adecuadas.

7. La JEP no obedece a sentimientos o emociones propias que comprenden el precepto de justicia, sino de buscar la satisfacción de las víctimas en relación y conforme a las garantías primarias y secundarias que eventualmente son constitucionales y convencionales, en tanto se hace mención que es una herramienta alternativa a todos los métodos ordinarios de penalizar las vulneraciones sistemáticas de los derechos humanos.
8. En el mundo jurídico existen amplios debates, que sin más son disertaciones amplias y de gran dicotomía fundamentalista como lo es Habermas – Alexy o Guastini – Ferrajoli. No obstante, es distópico el planteado en este texto, pero no desvariado, al respecto sus teorías son disyuntivas complementarias que convendría para el estado colombiano y la JEP garantizar ambos postulados.
9. Si la JEP se ajusta a la dogmática de los márgenes de acción, se brinda al procedimiento alternativo la consecuencia de la paz, coyunturalmente se disminuye la posibilidad de declaraciones de nulidad, inconstitucionalidad o inconventionalidad, en torno a la ponderación, su finalidad no es otra que verificar que las fórmulas escogidas por el operador jurisdiccional para cada caso en concreto no vertebren el equilibrio de poderes, las garantías estatales y las competencias de los operadores jurisdiccionales diferentes al de la jurisdicción especial para la paz.
10. En el estado de la dogmática jurídica y la fenomenología Robert Alexy complementado por Ferrajoli, indican que se deben tomar en cuenta los siguientes postulados en miras a tener una víspera de postconflicto positiva: i) mantener un equilibrio entre las garantías primarias y secundarias, ii) atender a las modificaciones constantes de la JEP y el cambio en el monopolio estatal de la fuerza judicial, iii) verificar el desarrollo colombiano por medio de los derechos democráticos, la justicia y la paz.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agudelo Betancurth, N. (2006). *Grandes corrientes del derecho penal. Escuela clásica*. Bogota: Nuevo Foro.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Alexy, R. (2003). *Tres escritos de los derechos fundamentales*. Bogota: Universidad Externado.

Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales* (Segunda ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ambos, K. (2010). *Procedimiento de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*. Bogotá: Temis. Recuperado el 20 de Junio de 2018, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26869.pdf>

Arango, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .

Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales .

Carbonell, M. (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. *Justicia y Derechos Humanos, neoconstitucionalismo y sociedad* , 9 - 12.

Colombia (1991) Constitución Política de Colombia Artículo 11.

Colombia. (31 de agosto 2004) Ley 906 *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*

Colombia. (25 de Julio 2005) Ley 957 *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*.

Colombia. (10 de junio 2011) Ley 1448 *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*.

Colombia. (2016) Ley 1820 *Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones*

Colombia (4 de abril 2017) Acto Legislativo No. 1 *Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones*

Colombia (2018) Proyecto de Ley 225 *Por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz*.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-973/01, (Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería) Expediente: LAT-191

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-673/01, (Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa) Expediente: D-3033

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-312/02, (Magistrado Ponente: Dr. Esperanza Espinosa Muñoz) Expediente: D-3766

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-511/10, (Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto) Expediente T-2.395.898

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-365/12, (Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) Expediente D-8798

Comision Intereclesial de Justicia y Paz. (20 de Junio de 2018). *Justicia y Paz Colombia*. Obtenido de <https://www.justiciaypazcolombia.com/>

Comanducci, P. (2016) *Neoconstitucionalismo, Interpretación y Estado de Derecho*. Bogotá: Universidad Libre, Colección: Tendencias contemporáneas del Derecho

Daza Duarte, S., & Quinche Pinzón, R. (s.f). Finalidad De Los Principios Y Valores Constitucionales En Elcontexto Del Estado Social De Derecho En Colombia. *Verbaluris*, 1 - 23.

Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel .

El Tiempo, (28 de junio 2018). Así quedó la ley de procedimiento de la JEP, Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/como-esta-la-ley-de-procedimiento-de-la-jep-236858>

Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías. La ley del mas debil*. Madrid : Trotta.

Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Mexico: CNDH.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trota.

Ferrajoli, L. (2015). *La justici penal transicional para la Colombia del posconflicto y ls garantías para la paz interna*. Bogota D.C: Universidad de Roma III.

Ginebra (12 de agosto de 1949) Convenios De Ginebra Y Sus Protocolos Adicionales

Gómez Reyes, V. (2016). Debate ponderacion y garantismo en la Justicia Transicional colombiana. En P. Gonzalez Mongui, *Los derechos fundamentales en la teoria juridica* (Doctorado ed., págs. 249 - 279). Bogota: Universidad Libre.

Juan Carlos , H. (25 de Junio de 2016). El acuerdo de Colombia es el más completo del mundo. *El Espectador*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/entrevista-de-cecilia-orozco/el-acuerdo-de-colombia-el-mas-completo-delmundo-articulo-639909>

Loiano, A. (2008). *El marco conceptual del control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar.

Medina Aguilar, C. (2017). La Jurisdicción Especial para la Paz; claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional. *Cuadernos de estrategia*(184), 222-231. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6304824>

Ministerio de Justicia. (2017). *ABC de la Justicia Transicional*. Bogotá: Gobierno Nacional

Ministerio de Justicia. (2017). *Abc Ley De Amnistía, Indulto Y Tratamientos Penales Especiales*. Obtenido de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdf/ABC%20amnistia.pdf>

Mora Méndez, J. A. (2014). La excepción de inconveniencia y su aplicación a los procesos judiciales. *Derecho en soiedad*(6), 54 - 70. Obtenido de [http://www.ulacit.ac.cr/files/documentosULACIT/Constant/la\\_excepcion.pdf](http://www.ulacit.ac.cr/files/documentosULACIT/Constant/la_excepcion.pdf)

Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (2016). Preguntas y respuestas de la Jurisdicción especial para la paz. Bogotá, Colombia: Gobierno nacional.

Roht-Arriaza, N. (7 de Marzo de 2005). Transitional Justice And Peace Agreements. *The International Council On Human Rights Policy*. Obtenido de <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=80E8A05AECAC41C8092AB4F12BD5FEB8?doi=10.1.1.602.7048&rep=rep1&type=pdf>

Roma (17 de Julio 1998) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Rojas Betancourth, D. (7 de Febrero de 2018). Conformar una estructura robusta y flexible, el primer reto de la JEP.

Uprimny Yepes, R. (Noviembre de 2013). *DeJusticia*. Obtenido de [https://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recursos.363.pdf](https://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recursos.363.pdf)

Universidad Nacional de Colombia (7 de febrero 2018). Conformar una estructura robusta y flexible, el primer reto de la JEP Un Periódico Digital, Bogotá D.C,

Vinjamuri, L., & Boesencker, A. (Septiembre de 2007). *Centre for Humanitarian Dialogue*. Obtenido de [https://www.files.ethz.ch/isn/39727/0907\\_Accountabilityreport.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/39727/0907_Accountabilityreport.pdf)