

Relatoría

La aplicación de la complementariedad positiva en la JEP: investigación y juzgamiento de crímenes internacionales

Moderadora: La Dra. Floralba Padrón presenta la sesión con una introducción sobre la metodología de investigación de los crímenes más graves implementada por la CPI. La invitada es Alexandra Sandoval Mantilla, magistrada de la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP, quien también ha ejercido como abogada en la Corte IDH y ha tenido vínculos con el Grupo de Investigación de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

Alexandra Sandoval Mantilla

Introducción

El principio que rige a los tribunales internacionales es el de subsidiariedad y complementariedad. La subsidiariedad parte de la idea fundamental de que los organismos internacionales no vienen a suplantar al derecho interno de los Estados, sino a operar como un nivel adicional de protección cuando este resulta insuficiente.

En ese sentido, todos los organismos de derechos humanos y de derecho internacional penal comparten una base común: son complementarios al derecho nacional y solo se activan cuando este no responde adecuadamente, ya sea porque el Estado no quiere investigar, porque no puede hacerlo, porque se adelantan procesos aparentes diseñados para producir impunidad, o porque no existe una justicia genuina para las víctimas.

Por ello, antes de acudir a una instancia internacional, es necesario agotar primero los mecanismos nacionales disponibles. Esta regla refleja la doble obligación de los Estados: una obligación positiva de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, y una obligación negativa de abstenerse de cometerlas, de modo que, en un escenario ideal, no habría necesidad de recurrir a sistemas internacionales porque todo se resolvería en el ámbito interno. Los comités y comisiones internacionales se crearon precisamente bajo la premisa de que existirían situaciones en las que el derecho interno no daría respuesta suficiente.

La complementariedad positiva representa una nueva manera de entender el compromiso que asumen los Estados al ratificar un tratado: no se trata únicamente de cumplir con sus obligaciones de forma pasiva, sino de desarrollar activamente el derecho internacional, adoptando nuevas medidas y promoviendo transformaciones institucionales. En este punto, la JEP ha realizado un trabajo muy relevante, impulsado en buena medida por el fiscal de la CPI, Karim Khan.

La complementariedad positiva reconoce que es preferible que los propios Estados investiguen sus situaciones y las resuelvan internamente, en lugar de que sea la CPI

quien intervenga y adelante los juicios en La Haya. Por esa razón, se han creado oficinas de cooperación y apoyo destinadas a fortalecer las capacidades de los Estados para llevar a cabo estas investigaciones de manera autónoma y efectiva.

Ejemplos de complementariedad positiva

1. ¿Cómo se creó el Sistema Integral para la Paz?

El Sistema Integral está compuesto por los mecanismos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Este fue el punto más difícil de negociar, pues implicaba una ponderación compleja entre garantizar la verdad y los derechos de las víctimas, y al mismo tiempo brindar seguridad jurídica a quienes dejaban las armas y buscaban reincorporarse a la sociedad civil.

La dificultad principal surgió porque las FARC-EP tenían la expectativa de obtener una amnistía amplia, similar a la que se había concedido en procesos anteriores de dejación de armas en Colombia durante los años noventa, como los del EPL, el M-19 y el Quintín Lame. En esos casos, el esquema era sencillo: dejaban las armas y se reincorporaban a la vida civil. Esos procesos, en efecto, se cumplieron en esos términos: los excombatientes participaron activamente en la vida cívica, pero nunca se les exigió rendir verdad, reparar a las víctimas ni enfrentarse al dolor que habían causado. No hubo comisión de la verdad ni ninguna obligación adicional de esa naturaleza.

Las FARC-EP aspiraban a un acuerdo en esa misma línea. Sin embargo, la diferencia fundamental radicó en los límites que el derecho internacional imponía a Colombia en dos frentes:

i. Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH): el Sistema Interamericano y las amnistías

En materia de amnistías concedidas a grupos armados que abandonaban las armas, el Sistema Interamericano había desarrollado una jurisprudencia robusta y de carácter restrictivo. En virtud de ella, no era posible amnistiar las graves violaciones de derechos humanos: los crímenes nucleares, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, ni aquellos cometidos en atentado contra bienes jurídicos de especial relevancia, independientemente de si se dieron en el marco del conflicto o de manera sistemática. Así lo había establecido la Corte IDH.

Esta jurisprudencia se había gestado a partir de las amnistías dictadas en el Cono Sur tras las dictaduras militares, particularmente aquellas absolutas concedidas a jefes de Estado, como la Ley de Punto Final en Argentina. La Corte IDH, en el caso de *La Cantuta*, estableció de manera clara que las amnistías —o cualquier figura jurídica que conduzca a la impunidad— no están permitidas por la Convención Americana.

Es importante precisar, sin embargo, que esto no significa que las amnistías estén prohibidas en términos absolutos. La Corte fijó un límite: no pueden utilizarse para

encubrir crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Fuera de ese umbral, la amnistía como institución —entendida como la extinción del delito— sigue siendo un instrumento válido en el derecho comparado, aplicable a actores de distinta naturaleza y útil como mecanismo de reincorporación y reconciliación en el marco de la justicia transicional.

Con ese marco como referencia, se fue moldeando la negociación con las FARC-EP.

ii. El caso del *Mozote* y su impacto en la negociación colombiana

La jurisprudencia de la Corte IDH había sido particularmente exigente en materia de investigación de graves violaciones. Cuando llegó a conocimiento de la Corte el caso de la *Masacre del Mozote* en El Salvador, fue la primera vez que el tribunal interamericano debía pronunciarse sobre una amnistía derivada de una negociación de paz, en ese caso, con el FMLN, en la que ambos bandos habían resultado beneficiados. Esto lo distinguía de los casos anteriores, en los que las amnistías habían sido impuestas unilateralmente por regímenes autoritarios.

El caso llegó a la Corte justo cuando Colombia se encontraba en plena negociación del Acuerdo de Paz, lo que generó una gran expectativa e incertidumbre sobre cómo el tribunal interpretaría la figura de las amnistías en ese nuevo contexto. Había una preocupación legítima sobre qué margen de maniobra tendría Colombia a la luz de lo que la Corte decidiera.

En ese momento fue decisiva la composición del tribunal: había jueces cercanos al contexto colombiano que comprendían que lo que se dijera en el *Mozote* repercutiría directamente en el proceso de paz. La Corte realizó además una visita *in loco* mientras se adelantaba la negociación, y el presidente del tribunal señaló expresamente que existía una ponderación posible entre el derecho a la paz y los estándares de la Convención Americana.

En ese contexto, el juez Diego García-Sayán redactó un voto concurrente con mayoría que constituyó un esfuerzo significativo por mostrar una nueva dimensión de las amnistías en el derecho interamericano: aquella en la que la Corte no se opone necesariamente a su uso, sino que reconoce que, en el marco de una negociación de paz, es posible modular y ponderar sus alcances en función de los fines legítimos que se persiguen. Dicho voto fue citado en el punto 5 del apartado de “Justicia” en la versión final del Acuerdo de Paz.

2. Aplicación jurisprudencial: cómo la JEP aplica tratados de derecho internacional de manera directa, incluso para efectos de imputación

Cuando se concedieron las amnistías en los años noventa, el Estatuto de Roma aún no existía. Por esa razón, se suele señalar que los procesos de paz anteriores fueron más sencillos: no estaban sujetos a la condicionalidad que introduce la creación de un tribunal internacional permanente con competencia para juzgar directamente a las personas

cuando el Estado no quiera o no pueda investigar los crímenes nucleares. Así, los argumentos en la mesa de negociación no solo provenían de los límites impuestos por el Sistema Interamericano, sino también del derecho internacional penal.

Paradójicamente, a las propias FARC-EP tampoco les convenía una amnistía amplia, pues eso habría activado la competencia de la CPI bajo el entendido de que el Estado colombiano no tenía voluntad de investigar. El resultado habría sido el peor escenario posible para los negociadores: el problema no se resolvería internamente, sino que tendría que resolverse en La Haya, con los excombatientes enfrentando cargos como criminales de guerra ante un tribunal internacional.

El derecho internacional, entonces, no lo permitía y tampoco les convenía a ellos. Esto puso en evidencia que el cumplimiento del derecho internacional no depende exclusivamente de que la Corte IDH declare responsable a un Estado o de que la CPI condene a un individuo: también puede lograrse de forma preventiva, cuando el derecho interno responde de manera adecuada y efectiva. Aquí es precisamente donde se armonizan las dos dimensiones del sistema internacional.

Lo que se creó en el Acuerdo de Paz, a través del Sistema Integral, fueron cuatro entidades encargadas de materializar esa respuesta:

- **Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad**
- **Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas**, con funciones unitarias. Una de sus primeras labores fue cuantificar el universo de personas desaparecidas en razón del conflicto. La cifra alcanza aproximadamente 120.000 personas.
- **Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas**
- **Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)**: creada para impartir justicia, responder a las víctimas y, al mismo tiempo, brindar seguridad jurídica a quienes dejaron las armas. Este último elemento también responde a una lógica de simetría: cuando la amnistía se concentra en un solo actor y no en los demás, se generan estándares desiguales que producen tensiones políticas y narrativas difíciles de sostener. Un ejemplo claro es el del Palacio de Justicia: el M-19 quedó amnistiado, pero a los militares no se les otorgó el mismo tratamiento. La JEP reconoció esta asimetría y partió del principio de que todos los actores del conflicto deben estar sujetos a las mismas reglas.

Desde su creación, quedó establecido que la JEP puede aplicar el derecho internacional de manera directa como fuente normativa, sin necesidad de seguir el camino que recorrería cualquier juez ordinario de la República, esto es, construir un silogismo a través del bloque de constitucionalidad. La Ley de Justicia y Paz, antecesora del Acuerdo, imponía una carga argumentativa enorme para poder aplicar un tratado internacional; la JEP, en cambio, no tiene esa carga. Algunos ejemplos concretos de cómo se ejerce esta facultad son los siguientes:

a) Aplicación directa del DIH

El Derecho Internacional Humanitario no cuenta con un tribunal propio. Los Convenios de Ginebra no establecieron un mecanismo internacional de supervisión de su cumplimiento; por diseño, su aplicación recae fundamentalmente en los propios actores armados y en los tribunales de derecho interno. La Sala de Amnistía e Indulto de la JEP aplica el DIH de manera sistemática, precisamente porque es el criterio determinante para establecer qué conductas pueden ser amnistiadas y cuáles no. Frente a graves violaciones como la tortura, el secuestro o el desplazamiento forzado, la amnistía está excluida. La pregunta relevante es si la conducta constituye o no un crimen de guerra; y esa determinación exige aplicar directamente los principios del DIH: el principio de distinción, el principio de precaución, entre otros, evaluando las acciones particulares de los actores armados frente a esos estándares. Ningún otro tribunal en Colombia lo hace de esta manera directa.

Cabe señalar que en la jurisdicción penal ordinaria el DIH suele invocarse para apreciar la gravedad del crimen, pero no para analizar la legitimidad de la conducción de hostilidades, que es precisamente lo que hace la JEP.

b) Aplicación del Estatuto de Roma para la imputación

Otro ejemplo significativo es el uso del Estatuto de Roma como marco para la imputación de conductas. En los autos de determinación de hechos y conductas de varios macrocasos, la imputación no se realiza exclusivamente con base en el Código Penal colombiano, pues este resulta insuficiente para capturar la complejidad de las actuaciones en el marco del conflicto armado. El Estatuto de Roma permite comprender y calificar esas conductas con mayor precisión.

Un ejemplo especialmente relevante es el **Macrocaso 07** sobre reclutamiento, en el que se identificaron formas de violencia intrafilas relacionadas con violencia basada en género, distintas de la violencia sexual en sentido estricto. En el auto de resolución de hechos y conductas, la JEP acudió al marco del Estatuto de Roma sobre violencia sexual y a la cláusula de tratos inhumanos para analizar conductas como la violencia reproductiva. Para la CPI, este tipo de conducta puede ser calificada como violación; que la JEP desarrolle ese debate de manera autónoma es, en sí mismo, un hito: es la primera vez que esto se hace en el mundo.

El rol del Sistema Interamericano en la JEP

El Sistema Interamericano ha tenido una presencia relevante en el trabajo de la JEP, aunque no tanto como criterio para determinar la responsabilidad penal individual de las personas función para la que la jurisprudencia de la Corte IDH no está diseñada, sino como referente de interpretación en múltiples materias. Algunos ejemplos:

- **Definición del tipo penal de tortura:** la Convención Americana ha sido citada para precisar los elementos constitutivos del delito.

- **Priorización y selección de casos:** la JEP se concentra en los casos más emblemáticos y representativos, bajo la premisa de que, a través de ellos, puede construirse un sentido de justicia que alcance a un universo más amplio de víctimas. En este ámbito, la jurisprudencia de la Corte IDH ha operado como un recordatorio constante de cuáles son los límites y las obligaciones que los tribunales nacionales deben observar, teniendo presente que su incumplimiento puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

3. Diálogo interjurisdiccional: cooperación técnica específica para la complementariedad positiva

Cuando la JEP fue creada, la CPI llevaba diecisiete años con una situación abierta sobre Colombia. Abrir una situación no equivale a abrir un caso: significa que la CPI pone el foco sobre un país determinado y comienza a documentar si existe mérito suficiente para avanzar hacia una investigación formal. Durante ese tiempo, el Estado colombiano había estado, en la práctica, bajo supervisión: reportando información, presentando resultados de investigación y demostrando avances.

Con la creación de la JEP se inició un relacionamiento directo con la Fiscalía de la CPI. La entonces fiscal tuvo dudas iniciales sobre cómo se materializarían las sanciones previstas en el sistema. No obstante, el diálogo progresó, y en un momento determinante, el fiscal Karim Khan anunció el cierre de la situación de Colombia, fundamentado en dos razones:

1. La JEP está cumpliendo con la obligación de investigar y juzgar los crímenes del conflicto, lo que hace innecesaria la intervención de la CPI.
2. El caso colombiano se convierte en un incentivo para otros países: si un Estado construye un sistema de justicia transicional serio —no necesariamente tan complejo como el colombiano— la CPI no abrirá situación en su contra. Colombia, con un sistema que el propio fiscal ha calificado de ejemplar, demostró que esa vía es viable.

El fiscal Khan dio un paso adicional que no tenía precedente: suscribió un **memorando de entendimiento** con el Estado colombiano, en el que la CPI se comprometía a proporcionar financiamiento a la JEP y a no obstaculizar su funcionamiento. Este memorando permitió a la jurisdicción ampliar su planta de personal, acceder a recursos y recibir apoyo operativo concreto.

Posteriormente, la Fiscalía de la CPI firmó un segundo memorando directamente con la JEP, con acuerdos de trabajo que no son públicos, centrados en la **capacitación técnica mutua**. Este punto es fundamental para entender la complementariedad positiva en su dimensión más rica: no se trata de que los organismos internacionales vengan a enseñarle al sistema colombiano cómo funcionar, sino de un intercambio genuino de conocimiento. La JEP también le enseña a la CPI lo que ha aprendido en materias como el enfoque interseccional, la protección del medio ambiente en el marco del conflicto y el relacionamiento con pueblos indígenas.

Preguntas y respuestas de la sesión

Preguntas formuladas:

1. **Profesor Bechara:** Expresa que, a su juicio, ninguno de los actores involucrados quedó plenamente satisfecho con el resultado de la negociación del Acuerdo de Paz. Manifiesta también cierta incomodidad ante la idea de recibir "enseñanzas" del norte global en materia de justicia transicional.
2. **Gabriela:** ¿Era necesario incluir la complementariedad positiva en el Acto Legislativo 01, sabiendo que ello podría haber entorpecido el proceso de negociación?
3. **Juane:** Plantea cuatro inquietudes: (i) ¿Cuál es el impacto de la Sentencia de la Corte Constitucional sobre la SENIT 5 en la labor de la Sala de Amnistía e Indulto? (ii) ¿Cuál ha sido la mayor dificultad que enfrentan como magistrados y magistradas al tomar decisiones? (iii) ¿Cómo funcionó el cambio de paradigma — del enfoque retributivo hacia uno restaurativo— en magistrados con trayectoria en la Corte IDH, como Oscar Parra Vera o la propia invitada? (iv) ¿Qué tan latente es la preocupación por comprometer la responsabilidad internacional del Estado, o es un asunto ya relativamente superado en la práctica?
4. **Otro participante:** Pregunta sobre la solicitud que Colombia le habría formulado a la administración Trump para desclasificar documentos relacionados con eventos de orden público en Colombia, entre ellos los vinculados al M-19.

Respuestas de Alexandra Sandoval Mantilla:

1. Sobre la insatisfacción con el Acuerdo de Paz

No todos los actores quedaron satisfechos, y eso era esperable. El Acuerdo responde a estándares de derecho internacional, lo que lo convierte en una solución jurídicamente ambiciosa pero políticamente incómoda. El objetivo no era la conveniencia política inmediata, sino garantizar una respuesta integral a todos los afectados y proteger los derechos de las víctimas. Lo que con frecuencia se ignora es la magnitud real de las FARC-EP como organización: era un aparato enorme, altamente estructurado. El Acuerdo de Paz es, ante todo, un acto político, y como tal debe leerse en el contexto de las reacciones del país y de sus tensiones internas. Si el fin último es la reconciliación, ese acto político debe ser evaluado con esa vara.

2. Sobre la inclusión de la complementariedad positiva en el Acto Legislativo 01

El tema no fue pacífico durante la negociación. La disposición quedó redactada de una manera en el Acuerdo, fue ajustada en la Ley Estatutaria, y luego modulada nuevamente por la Corte Constitucional. En el centro de esa tensión estaba la discusión sobre la **responsabilidad de mando por omisión**: ¿hasta qué punto debían responder los miembros del Secretariado por los actos cometidos dentro de la organización? ¿Cómo

se determinaba el grado de responsabilidad según el nivel jerárquico? Esas negociaciones se dieron de manera intensa al interior de las discusiones sobre el mando de la organización.

3. Sobre el impacto de la SENIT 5

Por el momento solo se cuenta con el comunicado de prensa de la Corte Constitucional. La Sala espera conocer la sentencia completa para comprender el razonamiento que la sustenta, antes de pronunciarse sobre sus implicaciones. Ello no significa que vaya a desacatarse; simplemente se requiere del texto para hacer un análisis fundado. En todo caso, la SENIT 5 estaba orientada fundamentalmente a la Sala de Situación Jurídica, en el marco de la determinación de quiénes son máximos responsables y quiénes no. La Sala de Amnistía e Indulto realiza un examen preliminar de máxima responsabilidad como paso previo para definir la ruta procesal correspondiente, pero ese análisis no compromete de manera definitiva la situación jurídica de las personas. En ese sentido, los efectos de la SENIT 5 sobre la Sala de Amnistía no son directos ni automáticos.

4. Sobre la desclasificación de archivos

La pregunta se refiere específicamente a los archivos relacionados con el **Palacio de Justicia**. La principal promotora de esa solicitud de desclasificación ha sido la hija de Elena Durán, quien ha liderado los esfuerzos para que se revelen los documentos que el gobierno de los Estados Unidos podría tener sobre los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985. Sin embargo, hace el llamado a no hacer futurología, y que no cree que estos archivos vayan a afectar alguna de las condenas.

Jurisprudencia Corte IDH

- [Caso Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú.](#)
- [Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador](#)

Casos de la JEP

- [Acuerdo de paz. Voto concurrente de García Sayán, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de El Mozote y lugares Aledaños vs El Salvador \(Sentencia de 25 de octubre de 2012\) pag. 130.](#)
- **Sentencia Interpretativa TP-SA-SENIT 5 de 2023:** [Documento PDF oficial](#)
- [Comunicado de prensa SENIT 5 de la Corte Constitucional](#)
- [Acuerdo de cooperación entre la oficina del fiscal de la corte penal internacional y el gobierno de Colombia](#)