

La falta de disposición y de capacidad de los sistemas judiciales domésticos, en el marco del principio de complementariedad*

A propósito del Estatuto de la Corte Penal Internacional

The lack of available capacity of the domestic legal systems, under the principle of complementarity .

Recibido: 20 de agosto de 2009 - Revisado: 23 de agosto de 2009 - Aceptado: 30 de octubre de 2009

Christian Wolffhügel Gutiérrez**

Resumen

A la hora de adelantar el test de complementariedad, las nociones de falta de disposición y de capacidad se erigen en determinantes para la admisibilidad de una situación y de un caso que de aquélla se derive, ante la Corte Penal Internacional. Por supuesto, la delimitación del alcance de dichas expresiones es, en gran medida, normativa y, para su concreción, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional provee una serie aristas cuyo significado, de la mano de la doctrina y de la jurisprudencia, se pretende elucidar.

Palabras claves

Principio de complementariedad, admisibilidad, falta de disposición, falta de capacidad.

Abstract

When pass the test of complementarity, the notions of lack of willingness and of capacity are erecting as decisive for the admissibility of a situation and a case of which is derived, before the International Criminal Court. Of course, determining the reach of such expressions is largely normative and, for its realization, the Rome' Statute of the International Criminal Court provides a range edges whose meaning, by the hand of the doctrine and jurisprudence, seeks to elucidate.

Key words

Principle of complementarity, eligibility, unwillingness, lack of capacity.

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación "La Corte Penal Internacional y el proceso de paz colombiano", avalado y financiado por la Universidad Sergio Arboleda. «Grupo de investigación en Ciencias Penales y Criminológicas "Emiro Sandoval Huertas"» con la dirección del Prof. Dr. Kai Ambos, catedrático de la Universidad de Göttingen.

** Candidato a Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Estudios Políticos de Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional. Abogado de la Universidad Sergio Arboleda. Miembro del Grupo de investigación en Ciencias Penales y Criminológicas "Emiro Sandoval Huertas".

Correo electrónico:
christian.wolffhugel@usa.edu.co

Introducción

En los artículos primero y 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aparece regulado el llamado *principio de complementariedad*, que también se encuentra consignado en el Preámbulo del mismo en cuyo párrafo décimo se enfatiza que la competencia de ese tribunal internacional es *complementaria* de las jurisdicciones penales nacionales.

El citado artículo 17 está destinado a regular la relación existente entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales; por ello, busca un equilibrio entre el ejercicio de la jurisdicción penal de los Estados y el interés de la comunidad internacional erigiéndose, de esta manera, en la disposición más importante del Estatuto en lo atinente a los Estados parte (Ambos, 2008). Para decirlo de otra manera: este axioma es una de las piedras angulares de la Corte Penal Internacional como ha señalado la doctrina especializada (Meyer, 2006).

Además, de esta disposición se desprenden dos trascendentales conceptos que es bueno precisar: el primero, atinente a la falta de disposición; y, el segundo, alusivo a la falta de capacidad de los modelos judiciales domésticos, que constituyen, sin duda, factores desencadenantes de la admisibilidad de un caso (Gioia, 2006).

Con miras a precisar el contenido de aquéllos, se emplearán tres fuentes: la primera de índole normativa: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; la segunda de raigambre jurisprudencial: pronunciamientos de las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional; y, la tercera doctrinal: con fundamento en referencias bibliográficas extranjeras.

I. El test de complementariedad

A la hora de incursionar en este terreno de la discusión, corresponde trazar un estudio

normativo del art. 17, esto es, decantar el test de complementariedad que, de acuerdo con (Ambos, 2008), se mide por la calidad de los procesos y la falta de voluntad e incapacidad del modelo judicial doméstico.

En lo que atañe a este test, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional ha manifestado que se trata de un proceso continuo, presente en toda la fase previa al juicio (Prosecutor vs. Kony et al, par. 25).

Además, ha considerado que el mismo implica una dual valoración (Ambos, 2009):

La primera, a partir del análisis del artículo 17 párrafo (1) literales (a) a (c) (Prosecutor vs. Lubanga & Ntaganda, par. 30); y, la segunda, enmarcada en el estudio del caso de conformidad con el artículo 17, párrafo (1), literal (d) (Prosecutor vs. Lubanga & Ntaganda, par. 42).

Dicho de otra forma: el primer test –complementariedad en estricto sentido (Ambos, 2009)– regenta la discusión en tres ámbitos: primero, la admisibilidad por inacción del Estado; segundo, la inadmisibilidad por acción del Estado; y, tercero, la admisibilidad por falta de disposición o por falta de capacidad de éste. El segundo test se ocupa del estándar de gravedad suficiente, que se erige en un criterio para justificar la intervención de la Corte Penal Internacional (Prosecutor vs. Lubanga & Ntaganda, par. 42), en cuyo caso, a la hora de evaluar la gravedad de los delitos presuntamente cometidos en una situación –tal y como lo establece el Reglamento de la Oficina del Fiscal (Regulations of the Office of the Prosecutor ICC-BD/05-01-09)–, se deberá tener en cuenta la escala, la naturaleza, el modo de comisión y el impacto de los mismos aspectos que, por supuesto, no se analizan en el marco de este artículo.

Precisado lo anterior, deben ahora examinarse algunos lineamientos del test de

complementariedad *stricto sensu*. Al respecto, debe decirse que la hipótesis menos compleja al abordar el asunto es la atinente a aquellos eventos en los cuales el Estado no ha iniciado ninguna investigación; se trata, sin duda, del fenómeno que la doctrina denomina como de la falta de acción (Olásolo, 2003).

En tal escenario, no hay necesidad de examinar los factores de la falta de voluntad o incapacidad, porque el caso es simplemente admisible en virtud de los términos claros consignados en el artículo 17 (Agirre, Cassese, Rolf, Friman, Hall, Holmes, Kleffner, Olásolo, Rashid, Robinson, Wilmschurst & Zimmermann, 2003). En ese sentido, la citada Sala de Cuestiones Preliminares I ha sostenido que en ausencia de cualquier acción del Estado, no es necesario hacer ningún análisis de la falta de disposición o incapacidad (Prosecutor vs. Lubanga y Ntaganda, par. 42).

Así las cosas, como lo ha dicho la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, la primera pregunta que se debe formular ese organismo a la hora de determinar la admisibilidad o no de un caso, consiste en establecer si él ha sido o no investigado o juzgado por las autoridades nacionales correspondientes. Por ello, es sólo después de esta determinación que la Corte considera si el Estado quiere o no, o puede o no llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento correspondientes (Prosecutor vs. Katanga & Ngudjolo, Respuesta de la Fiscalía al documento justificativo de apelación de la Defensa. 31 de julio de 2009, par. 52).

De esta forma, es posible afirmar que el análisis del art. 17 del Estatuto se debe efectuar en dos fases distintas: la primera –una cuestión empírica–, consiste en determinar si existe un procedimiento nacional o no; y, la segunda –de índole normativa y a condición de que la primera sea positiva–, busca verificar si el Estado está dispuesto o no, o no puede realmente llevar a cabo el procedimiento (Robinson, 2006 y Ambos, 2008, 2009).

Naturalmente, a este propósito emerge un interrogante central que es pertinente dejar planteado: ¿Cuáles pautas se deben emplear para determinar si, en efecto, un Estado carece de la voluntad o de la capacidad para llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos iniciados? Las líneas siguientes se dedican a tratar de dar respuesta a este interrogante.

II. Los orígenes de los conceptos de “falta de capacidad” y “de disposición”

La concreción de estos términos se erigió en uno de los asuntos más complejos y discutidos en las negociaciones surtidas en torno al principio de complementariedad cuando se confeccionaba el actual Estatuto (Holmes, 1999 y Olásolo, 2003); quizás, con mayor polémica, el de la falta de disposición (Holmes, 1999 y Quesada, 2005).

En efecto, la mayoría de las delegaciones participantes aceptó el planeamiento de la Comisión de Derecho Internacional, consignado en el Proyecto del Estatuto, según el cual la Corte debería tener jurisdicción en aquellos casos en los cuales los procedimientos judiciales nacionales fuesen incapaces de proceder (Holmes, 1999).

Así, pues, en relación con la incapacidad el consenso era evidente; a la inversa, en cuanto a la expresión falta de disposición algunas delegaciones se opusieron a su inclusión. Sin embargo, a la postre, se evidenció que la no inserción de este concepto podría ser una invitación a los Estados para bloquear la jurisdicción de la Corte e iniciar, así, investigaciones solamente para proteger a los perpetradores de los crímenes (Holmes, 1999); así las cosas, bastaría con un simulacro de juicio en un Estado determinado para eludir la actuación de la Corte (Cárdenas, 2006).

En síntesis: el principal objetivo al edificar una disposición relativa a la falta de disposición, fue el de impedir que se adelantaran juicios

ficticios, destinados a proteger a los autores de los crímenes más graves (Holmes, 1999).

III. La cuestión hermenéutica

En este punto, se observan dos referentes: en primer lugar, el art. 21 del Estatuto no solo decanta el derecho aplicable sino que, de paso, indica una doble jerarquía de las fuentes de derecho a las que se puede acudir: norma obligatoria y norma facultativa (Werle, 2005). De esta manera, al compás de la doctrina (Agirre et al, 1999), las disposiciones de complementariedad del Estatuto pueden ser interpretadas a la luz de los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; los tratados y los principios y normas del derecho internacional, y los principios generales del Derecho derivados de las leyes nacionales de los sistemas jurídicos del mundo.

En segundo lugar –como lo han sostenido la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional (Prosecutor vs. Katanga & Ngudjolo, par. 5) y la doctrina (Jensen, 2006 y Agirre et al, 1999)–, es menester acudir a las reglas hermenéuticas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, específicamente las disposiciones de los artículos 31 y 32. De esta forma, la regla principal de la interpretación se establece en el artículo 31 (1) cuando se afirma que *un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a (sus) términos... en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*; ello, no obsta, desde luego, para acudir a medios de interpretación complementarios, tales como los trabajos preparatorios (Agirre et al, 1999).

En esa línea de argumentación debe decirse que el criterio teleológico es una buena herramienta (Agirre et al, 1999). Así, pues, el Preámbulo del Estatuto sienta las bases a la hora de razonar en estos terrenos, en la medida en que las actividades de la Corte Penal Internacional deben buscar poner fin a la impunidad de los

autores de esos crímenes y a contribuir a la prevención de nuevos crímenes (Prosecutor vs. Lubanga & Ntaganda, par. 42), por ello, el Estatuto debe ser interpretado de suerte que permita la realización efectiva de sus objetivos (Gioia, 2006).

Ahora bien, centrados en el test de falta de disposición e incapacidad, se debe decir que parte de la discusión en torno al asunto radica en si su entendimiento debe ser de índole objetiva, subjetiva o sincrética (Ambos, 2009). A este propósito, y con el fin de dotar a dicho test de mayor precisión y objetividad, los redactores incluyeron el término *genuinamente* (Ambos, 2009) que, en la versión castellana del Estatuto, no aparece; no obstante, en su lugar se consignó la expresión *realmente* pero referida sólo a la “falta de capacidad” no así a la falta de disposición, que en el contexto del artículo 17 debe interpretarse no sólo en relación con la “falta de disposición”, sino también respecto de la “incapacidad” (Agirre et al, 1999).

Por ahora, en la medida en que este escrito no busca esclarecer el significado de dicha expresión, basta señalar que la misma establece el estándar mínimo que los Estados deben cumplir al llevar a cabo un procesamiento (Jensen, 2006 y Agirre et al, 1999); por ello, la cuestión central radica en determinar si los procedimientos nacionales correspondientes son tan inadecuados que no pueden ser considerados “genuinos”. Este estándar, como se ha expresado, “*debe reflejar respeto adecuado a los sistemas nacionales, así como el hecho de que la CPI no es un tribunal internacional de apelación, ni es un órgano de derechos humanos diseñado para controlar todas las imperfecciones de los sistemas jurídicos*” (Agirre et al, 1999, pág. 16, párr. 52).

IV. La falta de disposición para investigar o enjuiciar

En torno a esta cuestión, debe recordarse que el numeral segundo del art. 17 del Estatuto prevé tres hipótesis taxativas (Ambos, 1999,

2008, 2009 y Olásolo, 2003) en virtud de las cuales se busca precisar si se configura o no la falta de disposición. Desde luego, la constatación de este fenómeno no sólo es técnicamente más difícil que la de la falta de capacidad (Holmes, 1999 y Olásolo, 2003) sino que, además, envuelve aspectos políticamente sensibles (Agirre et al, 1999); esto último porque, en el momento de determinarla, el criterio de la buena fe—que es el núcleo a la hora de elaborar este test (Ambos, 2008, 2009)— demanda mayor atención (Cárdenas, 2006 y Quesada, 2005).

Además, téngase en cuenta, no basta con la comprobación de una de ellas pues, como dice el Estatuto, la Corte las “*examinará*” para acreditar la falta de voluntad (Ambos, 2009).

Ocupémonos de cada una de ellas:

En primer lugar, se tienen aquellos casos en los que un Estado inicia las actuaciones “*con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la corte*”. En esta materia, el propósito —que algunos consideran debe ser manifiesto (Cárdenas, 2006)— revela un cariz claramente subjetivo que evidencia, de un lado, la finalidad específica en la actividad del Estado (Olásolo, 2003); y, del otro, la mala fe del mismo (Ambos, 2008, 2009) que, por supuesto, constituye una acusación bastante seria (Solera, 2002).

En segundo lugar, para compensar esta carga subjetiva, se añadieron dos criterios más con la finalidad de hacer más objetivo no sólo el contenido (Holmes, 1999 y Olásolo, 2003) sino la interpretación del test de falta de disposición (Ambos, 2009). Así, pues, la segunda causal alude a actuaciones en las que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

En este escenario, entonces, la pregunta es: ¿Cómo demostrarla, cuando la tardanza

—extendida y notoria—, es y ha sido un mal endémico de la justicia (García, 2004)? Al respecto se ha dicho lo siguiente: “*se puede recurrir a las reglas del debido proceso de los instrumentos sobre derechos humanos tomando en cuenta la complejidad del caso, la conducta de las partes y la duración (comparativa) de los procesos penales en el Estado respectivo*” (Ambos, 2009, pág. 181). Esto, por supuesto, en comparación con los retrasos normales que el sistema nacional demanda para casos de complejidad similar (Agirre et al, 1999).

Desde luego, no se trata de una tardanza sin más porque la relevancia se adquiere desde dos perspectivas distintas pero acumulativas: de un lado, en que sea injustificada como cuándo, por ejemplo, pudo haber sido evitada a través del empleo de un cuidado adecuado; y, del otro, en la medida en que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona (Ambos, 2009).

Con todo, hay quienes entienden que una demora injustificada en las respectivas actuaciones —sin importar el motivo— puede ser considerada como un supuesto de inacción *a posteriori* lo que, de remate, sostienen “*ha dejado sin contenido*” la disposición del art. 17.2, literal (b) (Olásolo, 2003, pág. 217).

En tercer lugar, cuando el proceso no se sustancie de manera imparcial o independiente. Una primera aproximación al tema, señala que los procedimientos son imparciales en la medida en que el juez sea independiente de las partes y, a su turno, son independientes cuando la entidad encargada de la decisión no está sujeta a una influencia indebida (Cárdenas, 2006). No obstante, con el fin de dotar de mayor precisión el contenido de los mismos, ellos pueden definirse a partir de los criterios acuñados por la jurisprudencia europea de derechos humanos (Ambos, 2009); en esa línea de reflexión, es menester tener en cuenta —entre otros— el modo de designación de los miembros del tribunal y sus períodos, la existencia de garantías contra

personas externas y, por supuesto, si el organismo presenta una apariencia de independencia o no. Es más, hay quienes proponen concretar estos aspectos a través de la incorporación, en las Reglas de Procedimiento y Prueba, de los criterios que en esta materia han elaborado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos (Olásolo, 2003).

En resumen, la noción de falta de voluntad puede llevar a la Corte Penal Internacional a que sea considerada la más “adecuada” para investigar y enjuiciar los crímenes internacionales (Gioia, 2006).

V. La incapacidad de los sistemas judiciales domésticos

Para precisar este criterio se suele acudir en el Estatuto a un trípode fáctico-normativo. De un lado, la existencia de un colapso total de la administración de justicia; del otro, un colapso sustancial de la administración de justicia; y, finalmente, cuando se carece de ésta (Ambos, 2008, 2009 y Olásolo, 2003).

Por supuesto, efectuar este test puede ser menos complejo que el anterior, en la medida en que no solo “*es más objetivo y fáctico*” (Ambos, 2009, pág. 189, párr. 192) sino que, además, no hay necesidad de deducir o descifrar los motivos ocultos que se escudan tras la falta de disposición (Agirre et al, 1999). Veamos cada una de estas hipótesis:

En primer lugar, el *colapso total*. En este ámbito, se presentan deficiencias de tipo irremediable por lo que, en su conjunto, el sistema no funciona más (Ambos 2009 y Cárdenas, 2006). Se trata, pues, de “*una ruptura completa de la administración nacional de justicia, ya sea debido a que el Estado pierde el control sobre el territorio o debido a la decisión interna de borrar la administración nacional de justicia*” (Pichon, 196).

La hipótesis de un colapso total o sustancial de la administración estatal de justicia podría visualizarse, por ejemplo, cuando los aliados ocuparon Alemania al finalizar la Segunda Guerra Mundial, lo cual hacía inviable que el impulso a un procesamiento de los crímenes internacionales se apoyara en la estructura superviviente de ese país (Gramajo, 2003). Es difícil ver cómo un estado fallido, ya sea total o sustancialmente, podría reclamar que se cumpla su deber de investigar y enjuiciar los crímenes más atroces (Gioia, 2006).

A la inversa, si el colapso es meramente temporal o sus efectos sólo alcanzan a una parte del territorio del Estado, los requisitos para esta excepción no se cumplen (Cárdenas, 2006). En tal situación, la discusión se plantearía, quizás, en el terreno del colapso sustancial.

En segundo lugar, el *colapso sustancial*. Si bien en algún momento de los debates habidos en Roma se le denominó parcial (Quesada, 2005) —es más, el artículo 15.3 del proyecto del Estatuto así lo estableció (Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998)—, dicha propuesta cedió y, a la postre, se calificó de sustancial con la pretensión de incrementar el umbral de admisibilidad y, a la vez, revalidar la preeminencia de las jurisdicciones nacionales (Ambos 2009).

Por supuesto, ha de tratarse de un gran o significativo impacto en el funcionamiento del sistema nacional de justicia, de suerte que éste sea incapaz de adelantar los procesamientos (Ambos 2009). Al respecto, se discuten los casos en los que el colapso está limitado geográficamente, esto es, eventos en los cuales el control del Estado no abarca parte del territorio. En este punto, la respuesta dependerá de la situación en concreto, toda vez que si el Estado cuenta con la posibilidad de adelantar los procesos en otro lugar, difícilmente se satisfaría el exigido umbral (Ambos 2009).

En tercer lugar, debe aludirse a la *carencia o indisponibilidad*. Si se parte del texto del Estatuto en español todo indica, según algunas elaboraciones, que se ha asumido una visión muy estricta del asunto; en efecto, si se acude a la expresión “*carece de ella*” consignada en art. 17.3, es evidente que un sistema no está disponible cuando este no existe (Cárdenas, 2006). En este contexto, si se trata de la inexistencia de una verdadera administración de justicia, se está en frente de un caso de “*inacción absoluta de las jurisdicciones nacionales*” (Olásolo, 2003, págs. 226 y 227).

Sin embargo, el asunto va más allá de lo planteado porque la expresión *no disponibilidad*, ha sido entendida con base en otras pautas hermenéuticas.

En efecto, de un lado, una interpretación literal amplia postula tres aspectos a tener en cuenta: la inexistencia, la no accesibilidad y la inutilidad de un recurso (Ambos 2009); a este respecto, la doctrina (Agirre et al, 1999) sugiere que el término disponibilidad debe ser dotado de una interpretación amplia. En esta línea de razonamiento, también se plantea como canal de interpretación acudir a la jurisprudencia emanada de los tribunales en materia de Derechos Humanos, referente al derecho a la tutela judicial efectiva (Quesada, 2005); de esta forma, se dice que las amnistías –por ejemplo– pueden considerarse no sólo como un problema de falta de voluntad sino como de incapacidad en el contexto de la falta de recurso judicial (Ambos, 2009). Con todo, hay que señalar que debe tratarse del cumplimiento de estándares internacionales mínimos (Ambos 2009), máxime si se tiene en cuenta que, como se ha dicho, la Corte Penal Internacional no es un tribunal de Derechos Humanos (Agirre et al, 1999).

De otro lado, se plantea una interpretación en cuya virtud se afirma que

La calificación debe ser efectuada en base a factores objetivos (cuantitativos) los cuales pueden ser fácilmente verificados

desde una óptica externa al sistema, por ejemplo, información empírica que indique que no existen recursos efectivos para contrarrestar violaciones a los derechos humanos (Ambos 2009, págs. 195 y 196).

Aunado a ello, la concreción de dicho colapso total o sustancial o de la carencia o indisponibilidad de la administración de justicia doméstica está vinculada, a su turno, a tres supuestos delineados por el propio Estatuto de la siguiente forma: en primer lugar, el sistema judicial nacional no puede hacer comparecer al acusado; en segundo lugar, éste no dispone de las pruebas y testimonios necesarios para enjuiciar; y, en tercer lugar, no está por “*otras razones*” en condiciones de llevar a cabo el juicio.

En cuanto a esta fórmula, se dice que su carácter es netamente excepcional, previsto para casos en los que no hay un gobierno central; se trata, pues, de situaciones de guerra civil (Ntanda, 1999) o de desastres naturales que pueden llevar a un colapso total o sustancial de la administración de justicia de un Estado (Olásolo, 2003).

Ahora bien, de la triada normativa aludida, bien vale la pena traer a colación el entendimiento que de la expresión por “*otras razones*”, ha efectuado el Foro Constitucional colombiano; a tal efecto, dice la Corte, se debe acudir a hechos que demuestren la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo un juicio (Sentencia C-578 de 2002).

Finalmente, vale la pena resaltar que en el test de incapacidad es factible que un Estado esté dispuesto a investigar o enjuiciar, pero en realidad no pueda hacerlo (Cárdenas, 2006), como cuando –por ejemplo– ha sido devastado por los conflictos y frente a un colapso de su sistema podría estar dispuesto a realizar el procedimiento (Agirre et al, 1999).

VI. Criterios para su determinación

En relación con los elementos que se han de tener en cuenta a la hora de efectuar este

test, la doctrina (Ambos, 2009 y Agirre et al, 1999) ha señalado que los indicios juegan un papel importante. A tal efecto, Ambos, de cara a demostrar la falta de disposición, plantea los siguientes criterios: evadir normas legales del procedimiento a través del nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado; la remisión del caso a un tribunal secreto o especial; o, finalmente, la asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo y cooperación para los investigadores.

Así mismo, otro grupo de estudiosos muy destacado propone los siguientes (Agirre et al, 1999): los patrones de interferencia política en la investigación y el enjuiciamiento; las deficiencias institucionales generales de subordinación política de investigación, la acusación o del Poder Judicial; las irregularidades en el procedimiento que indiquen una falta de voluntad para realmente investigar o juzgar; o, en fin, una combinación de estos factores. Estos expositores, al aludir al criterio de la falta de capacidad, postulan entre otros los siguientes derroteros: la falta de personal necesario como jueces, investigadores y fiscales; la carencia de infraestructura judicial; la falta de legislación sustantiva o procesal y las amnistías (Agirre et al, 1999).

En este escenario, resulta paradigmática la discusión en torno a las amnistías. Si bien es cierto que este instituto puede demostrar bajo ciertas circunstancias mala fe, también es lo cierto que dicha conclusión no es del todo inobjetable en aquellos casos en los cuales, por ejemplo, un estado actuando de buena fe y con el fin de alcanzar la paz, otorga dicha prerrogativa (Ambos, 2009). Desde luego, como se ha dicho, puede ser una “*tesis muy impopular*” (Malarino, 2009).

VII. La carga de la prueba

El Estatuto de Roma, dice la doctrina (Agirre et al, 1999), no prevé expresamente a quien asignar la carga de la prueba para determinar la admisibilidad, por lo que este asunto debe ser desarrollado en la práctica y

la jurisprudencia de la Corte. En este punto, como dice el aforismo *onus probandi incumbit actori*, en principio, la carga de la prueba recae en este evento sobre el Fiscal, es decir, él debe probar la falta de disposición o la incapacidad del respectivo Estado.

Sin embargo, también se ha dicho que la Corte depende de la cooperación del respectivo Estado en el otorgamiento de la información relativa a las medidas adoptadas por el sistema de justicia nacional (Regla 51, 55 (2) RPP); así las cosas, es de recibo afirmar que el proveer de pruebas concluyentes de que se está actuando como corresponde, está establecido en el interés superior del Estado y que, por lo tanto, la carga recae sobre el mismo (Ambos, 2009, pág. 185).

Con todo, teniendo en cuenta las posibles consecuencias políticas de evaluar los sistemas judiciales internos, para algunos parece claro que el enfoque que se impondrá será aquél en cuya virtud la Corte sólo va a constatar la falta de disposición de un Estado, en los supuestos en que se sienta apoyada por la comunidad internacional (Quesada, 2005). Al respecto, el debate está abierto.

Conclusiones

Llegados a esta altura de la exposición, debe decirse lo siguiente.

En primer lugar, concretar la falta de voluntad y la falta de capacidad es un asunto bastante complejo, cruzado por una serie de variables que dificultan su aplicación no sólo desde el punto de vista hermenéutico sino probatorio. Dichas variables por hacer parte del test de complementariedad, que es un proceso de naturaleza continua, pueden ser analizadas en varias oportunidades.

Así mismo, en segundo lugar, adviértase que la valoración hecha al respecto debe prevalerse en lo posible de pautas objetivas que ayuden a demarcar los rumbos que debe seguir el intérprete en tan intrincadas materias.

De otra parte, en tercer lugar, determinar la falta de disposición de un Estado es, sin duda, una cuestión no solo bastante compleja desde de la mirada normativa sino altamente sensible desde la perspectiva política por envolver, sea como fuere, la evaluación y calificación de un sistema judicial doméstico.

Finalmente, en cuarto lugar, muy bien ha dicho la doctrina sobre el asunto en discusión lo siguiente:

“La Corte Penal Internacional va a intervenir a pesar de las actuaciones nacionales sólo en casos claros de falta de voluntad o incapacidad de enjuiciar realmente. El estándar para la evaluación de “autenticidad” debe reflejar respeto adecuado a los sistemas nacionales, así como el hecho de que la CPI no es un tribunal internacional de apelación, ni es un órgano de derechos humanos diseñado para controlar todas las imperfecciones de los sistemas jurídicos”. (Agirre et al, 1999, pág. 16).

Naturalmente, estas reflexiones marcan pautas para un mejor entendimiento sobre el asunto tal y como hemos pretendido proponer en esta páginas.

Referencias

- Agirre, X; Cassese, A; Einar F.R; Friman, H.; Hall, C.K; Holmes, J.T; Kleffner, J; Olásolo, H; Rashid, N.H; Robinson, D; Wilmsurst, E. & Zimmermann, A. (2003): Informal expert paper: the principle of complementarity in practice (2003) (“Expert Paper”), en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc656350.PDF>.
- Ambos, Kai, (2008). El marco jurídico de la transición, Temis, Bogotá.
- Ambos, Kai, (2009). Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y Derecho penal internacional. Ministerio de Relaciones Exteriores (*Auswartiges Amt*)/Embajada de Alemania en Colombia/ Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH Proyecto ProFis.
- Ambos, K. & Guerrero, O. (1999). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Cárdenas Aravena, C. (2006). Chapter 4 The admissibility test before the international criminal court under special consideration of amnesties and truth commissions, en: Kleffner/Kor (eds.) *Complementary views on complementarity*, The Hauge, Asser Press, 2006, pág. 115 a 139.
- Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002.
- Gioia, F. (2006). State Sovereignty, Jurisdiction, and ‘Modern’ International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court *Leiden Journal of International Law*. Cambridge: *Dec 2006*. Vol. 19, Iss. 4; pg. 1095, 29 pgs.
- García Ramírez, S. (2004). El principio de complementariedad en: *Anuario mexicano de Derecho internacional*, Vol 4, 2004, p 149 a 188.
- Gramajo, J. (2003). *El estatuto de la Corte Penal Internacional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Holmes, J. (1999) The principle of Complementarity, en: Lee, Roy (ed) *The International Criminal Law, The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, pág. 41 – 78.
- Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal

- Internacional (1998) A/CONF.183/2/Add.1. En: <http://www.un.org/spanish/law/icc/docs.htm>
- Jensen, R. (2006). Chapter 5 Complementarity, 'genuinely' and article 17: assessing the boundaries of an effective ICC. En: Kleffner/Kor (Eds.) Complementary views on complementarity, The Hauge, Asser Press, 2006, pág. 147 a 170.
- Mallarino, E. (2009). Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas Una crítica a la utilización excesiva del derecho penal en procesos de transición: no peace without justice o bien no peace with justice. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. En: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_7_337.pdf
- Meyer, F. (2006). Complementing Complementarity. International Criminal Law Review 6, 549-583.
- Ntanda N. (1999). Daniel D. The International Criminal Court: Jurisdictional and related issues Criminal Law Forum. Dordrecht: T. 10, N° 1; pg. 87.
- Olásolo Alonso, H. (2009). Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Universidad Javeriana, Bogotá.
- Olásolo Alonso, H. (2003). Corte Penal Internacional ¿dónde investigar?, especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Quesada Alcalá, C. (2005). La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Pichon, J. (2008) "The principle of complementarity in the cases of the Sudanese nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court", en *ICLR* 8.
- Regulations of the Office of the Prosecutor ICC-BD/05-01-09. <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Regulations+of+the+OTP.htm>.
- Robinson, D. (2006). Comments of chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena, en: Kleffner/Kor (eds.) Complementary views on complementarity, The Hauge, Asser Press, 2006, pág. 141 a 146.
- Solera, O. (2002). Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional. En: Revista Internacional de la Cruz Roja N° 845.
- Werle, G. (2005). Tratado de Derecho Penal Internacional, tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

Sala de cuestiones preliminares:

Prosecutor vs. Lubanga and Ntaganda, Annex II, 10.2.2006 (ICC-01/04-01/07).

Prosecutor vs. Katanga y Ngudjolo, ICC-01/04-01/07-1213-tENG 15-07-2009 1/38 IO T.

Prosecutor v. Kony et al., Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute, 1-03-09 (ICC-02/04-01/05)

Sala de Apelaciones:

Prosecutor vs. Katanga y Ngudjolo, ICC-01/04-01/07-573 09-06 2008 1/8 VW PT OA6).

Memoriales de la Fiscalía:

Prosecutor vs. Germain Katan-ga y Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07OA8M, documento justificativo de apelación, de 31 de julio 2009.