



Madrid, 15 de enero de 2016

### **Contribución de España sobre el tema del “*ius cogens*”**

En respuesta a la solicitud que la CDI ha dirigido a los Estados para que le “proporcion[en] información sobre su práctica en relación con la naturaleza del *ius cogens*, los criterios para su formación y las consecuencias consiguientes, recogida en:

- a) Declaraciones oficiales, incluidas declaraciones oficiales ante órganos legislativos, tribunales y organizaciones internacionales; y,
- b) Decisiones de tribunales nacionales y regionales, incluidos órganos cuasijudiciales”

España desea manifestar cuanto sigue.

**a) Declaraciones oficiales, incluidas declaraciones oficiales ante órganos legislativos, tribunales y organizaciones internacionales.**

España no puede ahora mismo dar cuenta de una práctica como ésta.

**b) Decisiones de tribunales nacionales y regionales, incluidos órganos cuasijudiciales.**

Los órganos jurisdiccionales españoles no dejan de referirse a ciertas normas del Derecho internacional calificándolas como *ius cogens*. Cabe mencionar aquí, a título de ejemplo, la sentencia 297/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 8 de mayo de 2015, en la que se declara que “en el estado actual del Derecho Internacional Penal debe reconocerse como norma de ‘ius cogens’ la aplicación de la Jurisdicción Universal en materia de Genocidio”; el Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción nº 5), de 18 de noviembre de 2008, que declara que “[e]l crimen de lesa humanidad (prohibido por norma de *ius cogens*) es un crimen tipificado en el derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal”; o, el Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción nº 5), de 15 de abril de 2014, donde se lee: “la prohibición de la tortura así como la de los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, amén de formar parte del ‘ius cogens’ (...)”.

En el último de los pronunciamientos citados, el órgano jurisdiccional fundamenta su calificación de una norma como *ius cogens* invocando sendas sentencias de



tribunales internacionales y un pronunciamiento de la Cámara de los Lores británica:

“el reconocimiento de la naturaleza de *ius cogens* de los crímenes internacionales y su sometimiento al principio de universalidad sobre la tortura también ha sido reconocido en diversas resoluciones. Así, encontramos los siguientes pronunciamientos de especial relevancia e incidencia en la materia: a) La *Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia de la ONU de 10 de diciembre de 1998, en el caso Furundzija*, para. 156, señala que ‘a nivel de responsabilidad penal, se advierte que una de las consecuencias del carácter de *ius cogens* atribuida por la Comunidad internacional a la prohibición de tortura radica en que cualquier Estado está facultado para investigar, procesar y castigar o extraditar a las personas acusadas de dicho crimen que se encuentren en un territorio sujeto a su jurisdicción. Más aún, sería inconsistente por un lado prohibir la tortura con una extensión tal que limite a los Estados soberanos su potestad de celebrar tratados y por otro impedir a los mismos procesar y castigar a los torturadores que se han visto envueltos en tan odiosa práctica en el extranjero. (...) Esta base legal para el ejercicio de la jurisdicción universal por los Estados sobre la tortura fundamenta y refuerza el fundamento legal para el ejercicio de tal jurisdicción por otros Tribunales en el carácter inherentemente universal del crimen. Debe sostenerse que los crímenes internacionales no son condenados cualquiera que sea el lugar en que se cometan y que cualquier Estado tiene derecho a perseguir y castigar a los autores de tales crímenes’, precisando igualmente, para. 145, que ‘todos los Estados-Parte en los tratados correspondientes tienen el derecho y están obligados a ejercer jurisdicción para investigar, perseguir y castigar a los responsables’; b) La *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ould Dah c. Francia (No. 13113/03)*, de 30 de marzo de 2009, donde se declara que la imperiosa necesidad de la prohibición de la tortura y de la eventual persecución de las personas que violan esta regla universal, así como el ejercicio por un Estado firmante de la competencia universal prevista por la Convención contra la tortura, quedarían vacías de contenido si únicamente se reconociera la competencia jurisdiccional de tal Estado, mas sin admitir la aplicabilidad de la legislación pertinente de dicho Estado; argumentando que la falta de aplicación de esta legislación en beneficio de decisiones o leyes circunstanciales adoptadas por el Estado donde tuvieron lugar las infracciones, actuando para proteger a sus propios nacionales o, en su caso, bajo la influencia directa o indirecta de los autores de estas infracciones, con vistas a disculparlos, conduciría a paralizar todo ejercicio de la competencia universal y reduciría a la nada el objetivo perseguido por la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984; c) Asimismo, la *resolución del Tribunal de Apelación de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999 en el denominado "caso Pinochet"* incluye entre sus fundamentos los siguientes: ‘La naturaleza de *ius cogens* del crimen internacional de tortura justifica que los Estados asuman jurisdicción universal sobre la tortura donde sea que se cometan’.

En otros casos, los tribunales españoles han negado la condición de norma *de ius cogens*, pretendida por alguna de las partes en el litigio. Así, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en su sentencia nº 101/2012, de 27 de febrero de 2012, rechazó que la prohibición de la amnistía frente a delitos que afectan al contenido esencial de los derechos humanos tuviera dicha condición o, al menos, dudó de ello. A tales efectos tuvo en cuenta la actuación de distintos órganos encargados



de vigilar el cumplimiento de tratados internacionales solicitando a España la derogación de la Ley 46/1977 de Amnistía, lo cual venía a demostrar que su supresión no era automática ni podía quedar en manos de los jueces, sino que era potestad del legislador:

“Algún sector de la doctrina internacionalista mantiene que la prohibición de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos era costumbre internacional, de *ius cogens*, y, por lo tanto, vinculante para España a raíz de la ratificación del Pacto que así lo establece. Sin embargo, incluso si ello fuera así, esa costumbre incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966, ratificado por España en 1.977, regiría a partir de una fecha muy posterior a los hechos objeto de la instrucción judicial. Aun en este supuesto, que entendemos no concurre, la prohibición de una amnistía dispuesta por una costumbre, posteriormente introducida a un Convenio Internacional, plantearía un nuevo problema, el de la posibilidad de que un tribunal español pudiera declarar nula, por contraria a derecho, la ley de amnistía. Ello no está previsto en los Pactos que se consideran de aplicación a los hechos, ni lo consideramos procedente, pues el incumplimiento del Tratado da lugar a su denuncia por parte de los órganos vigilantes del Pacto. Los jueces, sujetos al principio de legalidad no pueden, en ningún caso, derogar leyes cuya abrogación es exclusiva competencia del poder legislativo.

En este sentido, comprobamos cómo, desde estos órganos vigilantes del cumplimiento del Pacto, se han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la ley de amnistía (Resolución 828 de 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa; observación General 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1992), o se ha recordado la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 94 periodo de sesiones, Observancia final nº 5 sobre España). Se trata de recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento pero, no obstante, en lo que aquí interesa, nos servirá para poner de manifiesto la cultura jurídica imperante en esta materia y la razonabilidad de opiniones contrarias interpretando nuestro ordenamiento”.

En cuanto a sus consecuencias, los tribunales españoles atribuyen al *ius cogens* internacional su obligatoriedad *erga omnes*. Los Autos de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 7 de noviembre de 2006 y de 23 de marzo de 2012, resultan en este punto particularmente explícitos:

“Es unánime hoy en día la opinión acerca del carácter de *ius cogens* de las normas sobre genocidio, como pertenecientes al derecho consuetudinario general y generadoras de obligaciones para todos los Estados, sean o no miembros de la Convención [para la Prevención y Sanción del Genocidio, de 1948]” (Auto de 2006);

“No cabe, por tanto, cuestionar el carácter de *ius cogens* de este derecho penal internacional, que ha cristalizado en el Estatuto de Roma, por ello *de observancia obligatoria para todos los Estados, hayan o no ratificado éste tratado*, ni que dichos crímenes internacionales deben ser eficazmente perseguidos y no pueden quedar impunes, bien lo sean por tribunales nacionales, por medio de la jurisdicción internacional, o de forma complementaria por el Tribunal Penal Internacional” (Auto de 2012, énfasis añadido).



Dicha obligatoriedad general no supone necesariamente la aplicación directa de las normas de *ius cogens*, que pueden, antes bien, requerir complementos normativos, que vengan a dotar de concreción a principios de carácter "simbólico". Así lo constató la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) en su sentencia de 19 de abril de 2005, que vale la pena reproducir *in extenso*:

"Este Tribunal, tratando de dar respuesta a los interrogantes anteriormente planteados, hace las siguientes reflexiones generales en relación con la aplicación de las normas internas e internacionales:

En primer lugar, que en la aplicación del derecho queda vinculado tanto por la norma interna como por la internacional. Que dentro de las normas internacionales existen diferentes clases y que en el caso de las normas internacionales convencionales éstas se incorporan a nuestro derecho y forman parte del ordenamiento jurídico en la forma prevista en la Constitución. Dentro de estas normas las hay que requieren a su vez de específicas normas de carácter interno de adaptación y otras que por el contrario son *self-executing* y permiten su directa aplicación sin necesidad de otras normas ulteriores. Que resulta cierto que la aplicación de la norma interna por sus características y tras la correspondiente labor aplicativa, es decir, de determinación, elección e interpretación de la norma, no plantea en general otros problemas. Sin embargo, en relación con las normas internacionales no convencionales se plantean importantes problemas, entre ellos el de la obligatoriedad general de dichas normas, siendo consciente el Tribunal que este problema admite diversas respuestas en función de las clases de normas de que se trate. En el caso de normas penales integradas en el *ius cogens* internacional, el problema es cómo se aplican éstas por el juez en el caso de que no vengan expresamente recogidas en el ordenamiento interno y, sobre todo en este caso, y partiendo de la obligatoriedad de la aplicación de estas normas, cuál es su contenido, tanto en la fijación de las conductas, como en el de la pena a imponer. La respuesta, nos tememos, es que por mucho que se reconozca la validez universal o *erga omnes* de dichas normas, si no están expresamente recogidas en el derecho interno resultan de facto inaplicadas y posiblemente desde un punto de vista técnico inaplicables, no pasando de ser algo parecido a un derecho puramente simbólico, a no ser que terminen incorporándose al ordenamiento interno, en cuyo caso, la pregunta es: ¿Cuándo entró en vigor la prohibición o mandato que contienen? Por tanto, el interrogante se plantea en los términos de que si, en efecto, existen normas de derecho interno que recogen las internacionales, cómo operan estas normas, si lo hacen siguiendo de todo punto la interpretación tradicional de los principios clásicos del derecho penal o existen situaciones en las que deben compatibilizarse ambos derechos bajo la supremacía del Derecho internacional.

Ya hemos anticipado que dichas normas internas ostentan a nuestro juicio, si no una naturaleza jurídica especial, sí características propias que las diferencian de otras, en cuanto que representan o incorporan a otras normas de derecho internacional penal preexistentes. Es más, cabría asimilarlas en algún extremo a las normas (secundarias) de adaptación de la norma de derecho internacional, dotándoles en algún caso de naturaleza semejante a las de las normas de adaptación de los tratados internacionales *non self-executing*. Estimamos que el carácter de *ius cogens* de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su



ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria "per se" o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos".

En otro orden de consideraciones, los tribunales españoles también han entendido que las normas de *ius cogens* vinculadas a la protección de los derechos fundamentales operan como parámetro de interpretación del Derecho interno en la materia, animados a ello por el artículo 10.2 de la Constitución española, que dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España:

"De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas de Derecho Internacional Penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas. El artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De esta forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de *ius cogens*. Consiguientemente, tanto las normas de derecho Penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los Derechos Humanos" (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 1 de octubre de 2007).