

DR 29 1327

Vamos a ver el tema de las torturas. Según el artículo 15 de la Constitución española, todos tienen derecho a la vida, a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometido a torturas, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 174.1 nos dice, o nos define, lo que hay que entender por torturas.

Dice, comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y con el fin de obtener una confección o información de cualquier persona, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiera a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de su facultad de reconocimiento, discernimiento, decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. También esta definición, como veremos, es realmente compleja. La pena está en función de que el atentado a la integridad moral sea o no grave, resultando problemático en muchos casos el concepto de gravedad.

La finalidad de la conducta es obtener una confesión o información. Este es el elemento subjetivo del injusto. Cuando la conducta no persiga las finalidades anteriores, no se castigará por este precepto, sino por el que corresponda en cada caso, el bien jurídico protegido en la integridad moral de todos los ciudadanos sin ningún tipo de distinción.

El tema de las torturas es un tema muy debatido y prueba de ello es que existe la Convención contra la Tortura de Otros Tratos o Penas Crueles y Inhumanas a Degradantes, de 1984, que entró en vigor en España en noviembre del año 1987. Define la Convención el delito de tortura como todo acto por el cual se infringe intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves y ansias físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público o otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o a quesciencia. Nuestro Código Penal de 1995 amplía el concepto de tortura que se recogía en el artículo 204 bis del Código Penal Derogado de 1973, texto refundido de 1973.

Volviendo a la Convención de 1984, en su artículo segundo dice que todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. En realidad el término tortura aparece en el Código de 1995, no se encontraba en el Código anterior, aunque todo el mundo entendía que en el artículo 204 bis se etipificaban las torturas. Tiene interés el número 2 de este artículo 2 de la Convención, donde se dice, en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenazas de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

Es decir, que toda esta serie de excusas no podrán servir para justificar la tortura. No obstante, cabría plantearse dos situaciones. La legítima defensa.

Cabría la legítima defensa, que ustedes conocen, que se encuentra recogida en el artículo 20 del Código Penal, en su apartado cuarto, el que obra en defensa propia o derechos propios o ajenos, en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes a lesión ilegítima. Es decir, que en un supuesto de tortura la víctima sí estaría justificada su legítima defensa si reacciona contra aquel que le está torturando. Otra cuestión que se puede plantear es si cabe la tortura en algunos supuestos de estado de necesidad.

El número quinto del artículo 20 del Código Penal dice, o mejor, está exento de responsabilidad criminal, el que el estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno lesiona un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Imagínense ustedes una persona que ha puesto tres explosivos en un barco, de pasajeros, en distinta zona del barco y que se encuentra en alta mar y de no ser desactivados estos explosivos, el barco puede hundirse y morir muchas personas.

Cabe preguntarse si estaría autorizada la tortura en estos supuestos para conseguir de la persona que ha puesto los explosivos en el barco que diga en qué zona de la nave se encuentran para poder ser desactivados o hay que dejar que exploten y mueran todas estas personas. Repito que este es un problema que se plantea en el estado de necesidad, que el primero de los elementos es que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Aquí estamos, lo que se trata de evitar es la muerte de muchas personas y el mal que se ocasiona son unas torturas.

Esta es una cuestión que planteo y que me imagino que ustedes darán soluciones diferentes, pero tengan en cuenta el número quinto del artículo 20 del código penal. Existe también un convenio europeo para la prevención de las torturas y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 1989, en que España entró en vigor el 1 de septiembre del mismo año. En él se recoge en su artículo primero que se crea un comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes por medio y denominado comité por medio de visitas.

Este comité examinará el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Cada parte autoriza la visita, conforme al presente convenio, a todo lugar bajo su jurisdicción donde haya personas privadas de libertad por una autoridad pública. Es decir, que se permite un examen de los centros donde hay detenidos para ver si efectivamente se emplea la tortura o no.

Ustedes, si hay unas normas internacionales interesantes en materia de tortura. Volviendo a nuestro Código Penal, en el delito de tortura estamos ante un delito especial, pues sólo pueden

cometerlo autoridades y funcionarios públicos e incluso dentro de estos, normalmente, serán miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Policía Judicial, Jueces o Fiscales. Estos son los encargados de investigar, en definitiva, interrogar a los presuntos autores de un delito.

Y hay que entender que los supuestos previstos en el artículo 174.1 sólo se pueden dar en el abuso del cargo de tales autoridades o funcionarios públicos. De todos modos, el texto es confuso, lo que conlleva a una notable inseguridad jurídica. El texto digo que presenta serios problemas de interpretación, como, por ejemplo, la referencia que se hace a naturaleza de las condiciones o procedimientos utilizados, lo que no tiene una respuesta sencilla.

Duración tampoco tiene fácil respuesta, pues más que el tiempo habrá que tener en cuenta las condiciones en las que se interroga y en las que se encuentra interrogado. En cuanto a lo que haya de entenderse por otras circunstancias, nos encontramos ante un concepto muy abierto. La referencia de sufrimientos físicos o mentales es la más clara en materia de tortura, pues son los procedimientos que con más frecuencia se suelen utilizar para que declaren declara el sujeto pasivo acerca de lo que persigue el interrogador.

Sólo es posible, la comisión mental o dolo directo, ha de concurrir al elemento subjetivo del injusto de someter al sujeto pasivo a determinadas condiciones para intentar obtener una confesión o información. Yo entiendo que sólo es posible el dolo directo, no siendo suficiente el dolo eventual. Las formas imprudentes no se recogen para este delito en el Código Penal, por lo que no se pueden castigar, aunque técnicamente tampoco serían posibles.

Hay una serie de supuestos equiparados a la tortura, que son los recogidos en el artículo 174.2 y las torturas en comisión por omisión del artículo 176, en cuanto hace referencia a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en el artículo 174. Y por último, el artículo 177 contempla un supuestos, vamos, supuestos de concurso. Y nada más.

Buenas noches. La última intervención de esta noche corresponde a la profesora de Derecho Internacional Público María Asunción Orenz del Moral. Con ella vamos a hablar de las fuentes del Derecho Internacional Público y de sus rasgos característicos que ayudarán a entender el ordenamiento internacional.

Bienvenida y buenas noches, profesora Orenz. Muchas gracias. Vamos a finalizar la revista de Derecho, como decía, con un tema que lleva por título las fuentes del Derecho Internacional Público.

¿No es así? Sí, pero mi intención, más que hablarles estrictamente de las fuentes del Derecho Internacional, aunque en relación con ellas, es exponerles unas líneas esenciales que pueden servir a los alumnos para la comprensión del ordenamiento jurídico internacional. Es decir, pretendo presentarles los grandes rasgos que caracterizan a este sistema jurídico y que le diferencian de otros. Con eso, pretendo resaltar el marco en el que se sitúan los diferentes temas y problemas de esta asignatura.

Primeramente, les quiero recordar una idea de carácter general y es que la cuestión relativa al origen de las normas jurídicas, es decir, las fuentes del derecho, está íntimamente vinculada con las características de la sociedad que se pretende regular. Es una afirmación que está ya generalizada en la teoría del derecho, la relación directa que existe entre una sociedad concreta, su estructura organizativa, con las fuentes de su sistema jurídico. Así, por ejemplo, una sociedad que sea de tipo feudal está basada en los principios de su misión y jerarquía, pues eso lo reflejará en sus normas y en sus fuentes de derecho.

De la misma manera que una sociedad de iguales recogerá en sus normas jurídicas los principios de autonomía e independencia entre sus componentes. Eso ahora lo podríamos centrar en lo que se refiere al derecho internacional público. ¿Cómo son las fuentes? ¿Cuáles son sus características? Efectivamente, por lo que se refiere al derecho internacional y que nos permite comprender las características de sus fuentes.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el derecho internacional es un ordenamiento jurídico completo, igual que cualquier otro ordenamiento jurídico y que su objeto es regular las relaciones entre sus sujetos. Por lo tanto, repito, es un ordenamiento jurídico propio que tiene unas características peculiares. La más evidente de esas peculiaridades, y además condiciona todo su sistema jurídico, es que sus sujetos principales, que hoy ya no son los únicos, pero sí los principales, son los estados.

El estado es, como ustedes lo saben bien, una entidad jurídico-política que se caracteriza por su soberanía, es decir, porque su poder no está sometido a otro. Estos sujetos, los estados, son al tiempo los creadores de las propias reglas jurídicas internacionales, y es natural que eso sea, puesto que se presentan como unidades de poder, que sólo aceptan en principio aquellas normas que han sido fruto de su consentimiento. En consecuencia, la sociedad internacional es una sociedad policéntrica.

En la sociedad internacional no hay, como en las sociedades internas, unidad de poder y dirección, sino muchos poderes independientes entre sí e iguales en función de que todos son soberanos. Luego, como no existe una autoridad superior, las reglas jurídicas, en principio, sólo pueden ser fruto del consentimiento o aceptación de los estados. En suma, la regla jurídica internacional se suele presentar, en general, como resultado del consentimiento entre poderes soberanos.

Entonces, por lo que acaba de decir, el consentimiento es un elemento fundamental. Exactamente. El consentimiento es elemento fundamental del sistema jurídico.

La forma puede ser diversa. Actos de muy distinta naturaleza pueden dar lugar al nacimiento de normas jurídicas. El derecho internacional también se caracteriza, precisamente, por el aformalismo.

Lo importante es la expresión del consentimiento. Ese consentimiento se manifiesta de distinta manera en sus fuentes principales, el tratado y la costumbre. El tratado, instrumento para la

adopción de normas entre poderes soberanos, independientes, que sólo se vinculan si hay manifestación expresa de su voluntad, cualesquiera que sea la forma como acabamos de decir, cualesquiera que sean las partes.

El elemento esencial es la prestación del consentimiento por el Estado. Mientras ésta no se produzca, no hay compromiso por su parte. Pero la sociedad internacional ha tenido también conciencia de la existencia de intereses comunes a lo largo de la historia.

El más elemental de esos intereses es el de su propia subsistencia, de ahí la aparición de la costumbre. Mediante ésta se establecen las reglas básicas de convivencia entre los Estados. Estas reglas son fruto del comportamiento frecuente y reiterado de los Estados, convencidos de la necesidad de la existencia de dichas reglas jurídicas para sus relaciones.

En esta clase de reglas no hay propiamente consentimiento, sino asentimiento, es decir, comportamientos condicionados por las exigencias de la misma coexistencia entre Estados. Por eso mismo, mientras que las reglas convencionales son reglas particulares entre los Estados vinculados por ellas, las reglas consuetudinarias son reglas generales que forman la base del derecho internacional o, como muchas veces se las denomina, el derecho internacional común. ¿Existen otras características del derecho internacional en relación con las fuentes, profesora Orenz? Sí, precisamente.

Consecuencia de, en cierta manera, de lo anterior es la ausencia de jerarquía y el relativismo del derecho internacional. En el ordenamiento jurídico internacional, a diferencia de muchos derechos internos, entre ellos el nuestro, no existe principio de jerarquía si prescindimos de las normas especiales de *ius cogens*. Coexisten las dos fuentes principales, el tratado y la costumbre, que según reiterada jurisprudencia tienen igual valor.

En ambos casos se trata de normas dispositivas, por lo que es posible que una norma convencional pueda dejar sin efecto a una norma consuetudinaria y viceversa. De todo ello se deriva el relativismo de este sistema, porque las reglas son distintas según las partes y de ahí la necesidad de probar que determinadas reglas jurídicas le son oponibles a los estados, es decir, les vinculan los tratados internacionales a los comprometidos expresamente. Las reglas generales son ciertamente de validez universal, así el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto del LOTUS las considera derecho en vigor en todos los estados de la comunidad internacional.

Pero como el ordenamiento jurídico internacional permite la existencia de contradictores de la regla en el momento de su formación, los que se llaman o el llamado el objetor persistente, a estos contradictores en consecuencia no les son exigibles. ¿Hay alguna otra forma de manifestación de ese consensualismo del derecho internacional? Ese voluntarismo o ese consensualismo del derecho internacional también afecta a los modos de solución de los conflictos internacionales. El principio de la prohibición del recurso a la fuerza, que hoy está recogido en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, no se ha completado.

Los estados tienen y siguen teniendo libertad para acudir a los medios de solución que estimen oportunos y elegir el que crean más conveniente para ellos. A pesar de la existencia de tribunales internacionales permanentes, lo que ya supone en sí un gran progreso, todavía el sometimiento de los estados a la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia sigue siendo voluntario. La competencia del Tribunal Internacional para un asunto concreto depende, en última instancia, del consentimiento de los estados implicados.

Profesora Orench, ¿dónde se precisan o se recogen cuáles son las fuentes del derecho internacional? Esta cuestión, en cierta manera, está relacionada con lo que acabo de decir. El preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas únicamente hace mención a obligaciones emanadas de tratados y de otras fuentes del derecho internacional. No menciona más.

La doctrina se remite al artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que dice a grandes rasgos, que este tribunal deberá aplicar a los tratados internacionales, b. la costumbre, c. los principios generales del derecho, d. las decisiones judiciales y la doctrina como media auxiliar, y, finalmente, permite la posibilidad de decidir en equidad, pero sólo cuando las partes lo convienen expresamente. Este artículo es reproducción del anterior artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente, que a su vez recoge la enumeración de las fuentes contenidas en el artículo 7 del Tribunal Internacional de Presas, creado por la Convención de La Haya de 1907 y que no llegó a entrar en vigor. Esta disposición de artículo 38 afirma, pues, que el derecho internacional se contiene en esas fuentes, pero este artículo no es ni pretende ser enumeración científica de las fuentes del derecho internacional, sino que tiene un fin práctico, indicarle al juez internacional las fuentes que tiene a su disposición para resolver el caso concreto.

Como antes hemos dicho, no existe un principio de jurisdicción obligatoria, y los Estados, al someter sus diferencias al tribunal, quieren garantizar las normas que les serán aplicables en sus controversias. La desconfianza de los Estados les lleva a fijar las normas concretas que dicho órgano judicial internacional deberá aplicar. La disposición del artículo 38 es, pues, lo que se conoce como la determinación de la ley aplicable.

Tampoco hay que ver en la enumeración relación jerárquica alguna. La relación está entendida desde la norma más individual a la general, en función de lo que en la práctica realizan los jueces en la solución de los conflictos. Primero la regla particular, después la general, para terminar con los principios que, a su vez, enmarcan todo el sistema.

Por otro lado, lo que establece este artículo 38 y los anteriores 38 y artículo 7 no es novedoso. Consagran lo que había sido práctica general recogida en comisiones y tribunales arbitrales anteriores, lo cual es una prueba más de que, a pesar de que el derecho internacional es fundamentalmente evolutivo, las reglas generales básicas conformadas a través de la historia permanecen. Un ejemplo de lo que acabo de decir de la enumeración de esas fuentes y que esa práctica general en tribunales anteriores está recogido en el caso número 2, de los casos prácticos que tienen los alumnos, en el asunto sobre la captura de los buques de bajura El Paquete Habana y El Lola por buques de guerra norteamericanos al norte de la isla de Cuba.

El Tribunal Supremo Americano, actuando como Tribunal Internacional de Presas en una sentencia de 1900, argumenta la existencia de una regla de derecho internacional que sime de captura como botín de guerra a los buques de pesca de bajura basándose en antiguos tratados internacionales entre distintos estados en general y en particular tratados concertados por los Estados Unidos, en la compilación de usos y costumbres marítimos y en la práctica seguida por los Estados Unidos y otros estados, mencionando a Japón como último estado admitido en el concierto de los estados civilizados, examinando finalmente todos estos antecedentes a la luz de la autoridad de juristas y comentaristas, en esencia por tanto la enumeración del actual artículo 38 del Tribunal Internacional de Justicia. Y ya para finalizar profesora Orenchi, le ruego brevedad, ¿qué idea se podría aportar como conclusión? Pues bien, quiero terminar con esta idea. A pesar de la evidencia, perdón, de la evidente importancia del consentimiento en el derecho internacional que acabamos de exponer, en la progresión de este derecho podemos estimar que hoy hay una línea superadora de ese consensualismo tradicional.

Esa línea está marcada por la acción de las organizaciones internacionales y sobre todo por la admisión en un sistema jurídico que, como hemos visto, se presenta voluntarista de reglas de derecho imperativo de Juscohens. Pero además hay una razón esencial y de principio. Un sistema jurídico no puede estar basado únicamente en la voluntad de sus sujetos, ello conduciría en última instancia a su desaparición.

Debe estar basado en normas objetivas, exigibles con independencia del interés o egoísmo inmediato de los Estados. El artículo 38 y anteriores son, en cierta manera, expresión de un orden jurídico preexistente. La existencia, además, como fuente del derecho internacional recogida en el artículo 38, de reglas provenientes de los principios generales del derecho, en cierto sentido, confirma y respalda esa objetividad.

Pues le agradecemos mucho, profesora Orenx, por estos minutos que nos ha dedicado contándonos los rasgos característicos de las fuentes del derecho internacional. Gracias y buenas noches. Muchas gracias.

Hasta aquí la Revista de Derecho. No olviden que tenemos una cita dentro de una semana. Les esperamos el próximo domingo a las 9 y 10 de la noche, hora península.

En nombre de todos los profesores que nos han acompañado esta noche, de Rosa María Sánchez, que ha estado en el control de sonido y de quien les habla, Charo López de Haro, les agradezco la atención que nos han prestado y les invito a que continúen aquí, en Radio 3 de Radio Nacional de España, en la sintonía de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que estará con todos ustedes hasta las 12 de la noche. Les dejo ahora con el informativo universitario. Feliz semana y buenas noches.