

las imperfecciones del mercado y la fórmula de la riqueza, éstas tan solo conducen al deslumbramiento de los políticos y las instituciones, dejando de lado la imparcialidad que debe reinar, enriqueciendo a algunos y dejando a los pobres más pobres y sumidos en la desesperanza. El abandono de las buenas prácticas económicas y regulatorias ha llevado al mundo a crisis económicas y financieras por las que hay que pagar un alto costo.

El Fondo Monetario Internacional (FMI), debe implementar unas mejores prácticas de monitoreo y alerta temprana, organizando mejor su estructura interna para que funcionen como un todo y no de manera separada como lo vienen haciendo hasta ahora; es importante que los funcionarios sean incentivados para decir la verdad a quien corresponda y evitar de esta forma tapar posibles turbulencias, que dichas a su debido tiempo puedan evitar catástrofes financieras como la que todavía estamos viviendo.

Lista de Referencias

HERRERA, B. (26 de 1 de 2009). Por qué no lo vimos venir. en *portafolio.co*.

KRUGMAN, P. (2008). La realidad jamás estuvo a la altura del sueño americano. en *Alternatives Económicas*.

OCAMPO, J. A. (4 de 1 de 2009). Colapso del sistema financiero mundial. en *portafolio.co*.

SACHS, J. (23 de 10 de 2008). Plan de rescate no evitará la resección. en *portafolio.co*.

STIGLITZ, J. (9 de 2008). La crisis de Wall Street es para el mercado lo que la caída del muro de Berlín fue para el comunismo. en *El País de España*.

STIGLITZ, J. (2 de 11 de 2008). *Las recetas económicas no son una teoría*. Recuperado el 16 de 5 de 2011, de el arca digital: www.elarcadigital.com.ar

ZUFIAUR, j. m. (2008). cómo hemos llegado a esto. en *unión ugt*.

Derecho y Realidad
Número 17. I Semestre de 2011
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC
ISSN: 1692-3936

El auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la audiencia nacional

La aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet

José Elías Esteve Moltó¹

Introducción

En los últimos tiempos, sobretodo a raíz del caso Pinochet, la diversa interpretación del principio de la jurisdicción universal ha enfrentado un continuo enfrentamiento, no sólo a la doctrina, sino a los tribunales españoles. La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Guatemala parece que haya zanjado en cierta medida esta polémica al reconocer la competencia de la jurisdicción española para perseguir los crímenes universales.

Ahora bien, poco después, la interpretación que vino a hacer de esta resolución judicial el auto no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, parecía haber condicionado el conocimiento de este tipo de casos a un criterio de razonabilidad, aparentemente un tanto subjetivo, abriendo de nuevo la puerta a la incertidumbre.

Durante todo ese tiempo en la Audiencia Nacional estaba pendiente de resolver la apelación de la querrela presentada por la presunta comisión de crímenes internacionales en el Tíbet. Finalmente el 16 de enero de 2006 la sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó un auto por el cual admitió a trámite la querrela, y con ello, en la primera ocasión que ha tenido este tribunal de pronunciar-

¹ Abogado y Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Valencia (España). Es redactor e investigador de las querrelas de Tíbet y Birmania en la Audiencia Nacional.

se en la práctica sobre la jurisdicción universal tras la sentencia del caso del genocidio en Guatemala, la balanza por esta vez se ha inclinado en favor de la lucha contra la impunidad y la protección de las víctimas.

En este artículo se expondrán los avatares que ha sufrido este caso desde la presentación de la querrela (en la cual describiremos los hechos y fundamentos de derecho que la motivan), para posteriormente pasar a examinar los argumentos de la inicial inadmisión y de la consiguiente apelación. Por último se centrará la exposición en la descripción de los razonamientos jurídicos del auto de admisión a trámite y se concluirá con la narración de las diligencias previas practicadas hasta el momento y la iracunda reacción del gobierno chino ante el inicio de la investigación.

1. Hechos y fundamentos de derecho de la querrela

1.1. Los hechos denunciados

Los hechos denunciados en la querrela se inician con la descripción de la situación que ha venido padeciendo el pueblo tibetano desde que se produjo en el año 1950 el crimen de agresión y consecuente ocupación militar del país, que se ha perpetuado hasta la actualidad².

El motivo de reflejar estos hechos no es otro que el de evidenciar la idea preconcebida por la cual, con la absorción de las prerrogativas del Estado Lamaísta de carácter eminentemente religioso, que pasan a ser asumidas por la República China Maoísta, se comenzaría a imponer en el Tíbet una serie de medidas encaminadas a la transformación comunista atea de una sociedad eminentemente entregada a la fe budista. Así pues, el pueblo tibetano caracterizado en su esencia por el budismo, se convierte en una nacionalidad dentro de la nación china, convirtiéndose las identidades religiosas y nacionales del Tíbet en obstáculos que debían suprimirse para poder alcanzar la utopía marxista.

Como consecuencia de la ocupación y de la imposición de la nueva ideología en la antigua sociedad tibetana, se produjeron una serie de hechos que fueron calificados, ya en 1960, por la Comisión Internacional de Juristas, como genocidas³. Ahora bien, al margen de esta descripción introductoria y explicativa del origen de los hechos, a los efectos de esta querrela se exponen y se denuncian todas aquellas acciones que fueron cometidas desde el año 1971.

Se escoge esta fecha ya que el delito de genocidio se incorpora en nuestro derecho interno, tras la ratificación de España de la Convención para la prevención y sanción del

2 Sobre los detalles relativos al crimen de agresión y al estatuto jurídico internacional del Tíbet como Estado independiente, puede consultarse la monografía, ESTEVE MOLTO, José Elías. *El Tíbet, la frustración de un Estado. El genocidio de un pueblo.*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

3 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Comité de encuesta jurídica sobre el Tíbet. *El Tíbet y la República Popular de China*. Ginebra: 1960. p. 47-48.

delito de genocidio, mediante la ley 44/1971. Así pues desde el 15 de noviembre de 1971, el artículo 137 bis del anterior Código Penal se puede perseguir en nuestro país los actos correspondientes a este delito.

Por lo que respecta al crimen de genocidio, junto a los hechos, se evidencia en el documento legal un claro propósito de destruir total o parcialmente el grupo tibetano. Desde los inicios en los que se impone coactivamente la autoridad china en el Tíbet, todas las políticas que sigue imponiendo el Partido Comunista Chino (PCCh) han perseguido este fin. En este sentido y más recientemente, de las actas del Séptimo Pleno de la Sexta Sesión del Comité Permanente del Cuarto Congreso del Partido Comunista del Tíbet de 1994, que discutió el modo de implementar la política ordenada en el III Foro de Trabajo sobre el Tíbet celebrado en Pekín, se desprende una clara intención de suprimir al grupo tibetano como tal⁴. De todas las campañas políticas lanzadas por el PCCh, y que se aplican en el Tíbet con unas coordenadas determinadas y diferentes a la del resto del país, se vislumbra a todas luces la existencia de una acción coordinada y planificada

4 Esta campaña aún vigente, es la que el anterior Secretario del Partido en Tíbet, ChenKuiyan, querrellado, aseguraba que era básica, y consideraba al budismo como una fuente de actividades separatistas y una cultura extranjera a eliminar. La campaña de "la educación espiritual socialista" tiene como objetivo, la eliminación de la identidad tibetana por sí misma y todo lo que ella conlleva.

En julio de 1994, la cúpula dirigente se reunió en Pekín, en el llamado III Foro de Trabajo para el Tíbet, donde confirmó oficialmente la estrategia de la colonización del Tíbet, bajo el falso pretexto de fomentar el desarrollo económico. Esta postura ya se venía gestando desde el nombramiento en 1992, del nuevo Secretario del PCCh de la Región Autónoma del Tíbet, ChenKuiyan. La anterior reunión es además el origen de la llamada Campaña "golpea duro", donde al detectarse, que el foco de las numerosas manifestaciones de protesta son los monasterios, se viene a ordenar un estricto control sobre los mismos. "Un puente dorado que conduce a una nueva era" se convierte en el documento oficial, que contiene las directrices para la represión. Los Comités de Gestión Democrática pasan a ser los órganos oficiales que llevan a la práctica las medidas en cada uno de los monasterios. "Cortar la cabeza de la serpiente" es la expresión utilizada por los funcionarios chinos, que describe el propósito del plan para acabar con el movimiento pacífico, encabezado por los religiosos y que recoge el sentimiento de supervivencia de la identidad del pueblo tibetano.

El 5 de septiembre de 1994, el Séptimo Pleno de la Sexta Sesión del Comité Permanente del Cuarto Congreso del Partido Comunista del Tíbet discute el modo de implementar la política ordenada en el Foro de Pekín. El documento oficial interno que recoge el acta de la reunión, especifica la estrategia planeada por el Comité Central del Partido y el Consejo de Estado. Todo ello se estructura bajo la dirección del entonces Secretario General del Partido, Jiang Zemin.

El plan coordina a todas las dependencias de la administración para su consecución. Su vigencia llega hasta la actualidad y desde el exilio se ha calificado como "una lucha a vida o muerte para aplastar a una antigua civilización", cfr: HUMAN RIGHTS WATCH. *Cutting off the serpent's head: Tightening control in Tibet, 1994-1995*. New York: TIN, 1996.

contra el grupo tibetano, cuyo origen se encuentra en las directrices del Comité Central del PCCh y el Consejo de Estado, que posteriormente obedecen todos los agentes del Estado, tanto de los poderes ejecutivo y legislativo, como del judicial. En conexión con todos los hechos relativos a esta acción planificada, en los fundamentos de derecho se acusa a las autoridades presuntamente responsables de terrorismo de Estado⁵.

De los hechos se desprende que todo tibetano, caracterizado por su identidad budista, que manifiesta en su conducta su adherencia a los postulados religiosos, que no se ajustan a los del Partido, o su devoción hacia su máximo maestro espiritual, el Dalai Lama, es considerado por las autoridades como disidente, y suprimido de manera sistemática por una de las conductas que se prevé en el artículo II de la Convención del genocidio (acciones que incorpora el actual art. 607.1 del Código Penal - C.p.): así, se han asesinado a manifestantes pacíficos y se han torturado tibetanos hasta morir (art. 607.1.1 C.p.), se practica sistemáticamente la tortura (incluida vejaciones sexuales, que resulta aún más grave cuando son sufridas por monjas budistas) a miembros de este grupo, causándole lesiones físicas, psicológicas (art. 607.1.2,3 y 5 C.p.), se ha emprendido oficialmente una campaña de masivo traslado de población china al Tíbet que viene acompañada de una política coactiva que impiden la libre reproducción del grupo (art. 607.1.4 C.p.).

En definitiva, según los datos aportados por el Gobierno Tibetano en el exilio, los tibetanos muertos como consecuencia directa de la nueva dominación china ascienden a 1.207.387⁶.

Asimismo, en este apartado de hechos genocidas, junto a las matanzas, ejecuciones extrajudiciales y muertes ocasionadas por la práctica de la tortura, deben destacarse los casos de esterilizaciones, abortos forzados e infanticidios⁷.

El propósito de estas medidas intencionadas a impedir los nacimientos en el seno del

5 De entre todas las medidas del plan represivo, destaca el sometimiento del poder judicial a los dictados del Partido Comunista. En este sentido, los máximos dirigentes políticos comunistas no dejan de instar a todos los jueces, (que son designados a todos los niveles geográficos por los correspondientes Congresos del Pueblo, dirigidos exclusivamente por el Partido), que en su tarea de enjuiciamiento persigan los propósitos políticos que vayan ordenando los líderes políticos. El mismo RenJianxin, Presidente del Tribunal Supremo, declaraba que "el liderazgo del Partido sobre los tribunales es la garantía básica para que éstos cumplan con sus labores judiciales...y ésta es fundamentalmente la diferencia con la independencia judicial de los países burgueses".

6 Según los datos aportados por el Gobierno Tibetano en el Exilio, desde la ocupación del país hasta el inicio de las reformas (periodo 1950-1979), los tibetanos muertos como consecuencia directa de la nueva dominación china ascienden a 1.207.387; de los cuales 173.221 murieron torturados en prisión, 156.758 ejecutados, 432.705 asesinados en combate, 342.970 muertos por hambre, 9.002 conducidos al suicidio y 92.731 muertos como consecuencia de las purgas o sesiones públicas de degradación, cfr. DEPARTMENT OF INFORMATION AND INTERNATIONAL RELATIONS, CENTRAL TIBETAN ADMINISTRATION: *Tibet, proving truth from the facts* <Tíbet, probando la verdad desde los hechos. Traducción la Casa del Tíbet, Barcelona, 1996> Dharamsala, 1993, p. 41.

7 HERZER, Eva, LEVIN, Sara B. China's denial of Tibetan women's right to reproductive freedom. En: Michigan Journal of Gender and Law, Vol. 3, Issue 2, (1996), p. 551-568.

grupo tibetano resulta más evidente cuando se conectan las medidas coactivas de control de natalidad con el traslado de población china a la meseta tibetana. En toda China, las restricciones al aumento de la población obedecen a una escasez de recursos para sostener a más de mil millones de habitantes. En cambio, los tibetanos sólo suponen el 0'5% de la población total china; en contraposición el antiguo territorio tibetano constituye el 25 % del territorio total de China, arrojando una densidad de 2'3 habitantes por Km. cuadrado. Distintos informes de juristas⁸ vienen a acreditar que "la política de planificación familiar no pretende aliviar la presión de una tierra superpoblada, sino disminuir el número de tibetanos." Debe alertarse que la práctica en el Tíbet de los abortos y esterilizaciones forzadas a las mujeres tibetanas, se efectúa en un momento en que la población china (7'5 millones) ha superado ya a la tibetana (6 millones).

Junto a los hechos presuntamente genocidas, que implican una destrucción de los miembros del grupo tibetano, también se describen en la querrela los hechos relativos a otro crimen internacional: la tortura. Así pues en el documento legal, se detalla (en decenas de casos de tibetanos que han prestado su testimonio para esta acción judicial), cómo se procede de manera sistemática, a encarcelar mediante procesos sumarísimos carentes de cualquier clase de garantía procesal de defensa (o incluso en ocasiones sin ni siquiera pasar por esta formalidad) y a someter a distintos métodos de tortura a los presos y detenidos⁹.

Finalmente la exposición de los hechos concluye apuntando a actos tales como son desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, actos de discriminación racial y apartheid, que son calificados como crímenes contra la humanidad. Siendo así, sobre la base de todos estos hechos se solicita el procesamiento de siete antiguos altos cargos políticos y militares chinos¹⁰.

8 Cfr. INTERNATIONAL COMMITTEE OF LAWYERS FOR TIBET (ICLT). Violence and discrimination against Tibetan women. A report submitted by ICLT for Tibet, Women's Commission for refugee women and children, Tibetan Centre for Human Rights and Democracy to the United Nations Committee on the elimination of discrimination against women. Berkeley, California: diciembre 1998.

China niega que los abortos o esterilizaciones se impongan de manera coactiva en el Tíbet e intenta silenciar por la amenaza o la fuerza cualquier opinión o informe que denuncie su falta de garantía de los derechos reproductivos de las mujeres tibetanas. Por el contrario las Naciones Unidas y el Parlamento Europeo han expresado su preocupación por esta cuestión. Debe insistirse, que como consecuencia de la Resolución condenatoria de China por la violación de los Derechos Humanos en el Tíbet (Resolución 1991/10. Situación sobre el Tíbet. E/CN.4/Sub.2/1991/10), se abrió un debate en la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1992/37, 5 febrero 1.992. Anexo II), donde se denunciaron los abortos y esterilizaciones forzadas. El Parlamento Europeo en la resolución ha solicitado directamente al Gobierno Chino que ponga fin a esta práctica (Resolución de septiembre de 1991. 5b resolution B3-01332, 0139, 0169 y 0188/92).

9 Este crimen internacional continúa siendo una práctica extendida por todo el país que cometen las autoridades penitenciarias con total impunidad, tal y como manifiesta el reciente Informe del Relator Especial sobre la Tortura, Manfred Nowak, tras su visita a China y Tíbet a finales del 2005, cfr. Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak. Mission to China. E/CN.4/2006/6/Add.6, 10 marzo 2006.

10 - Jiang Zemin, anterior Presidente de China, Secretario del Partido Comunista Chino y máxima autoridad del Ejército Popular de Liberación hasta 2003.

1.2. Fundamentos de derecho: los crímenes denunciados cometidos al principio de la jurisdicción universal

Aunados con los hechos y pruebas recopilados durante la investigación de la causa tibetana, el 28 de junio del 2005¹¹, se presentó la querrela ante la AN por los crímenes internacionales cometidos en el Tíbet, a saber: genocidio, tortura, terrorismo de Estado y crímenes contra la humanidad. La iniciativa legal fue presentada, ejerciendo la acción popular¹², por el Comité de Apoyo al Tíbet (CAT) y secundada por la Fundación Casa del Tíbet, y como acusación particular compareció, Thubten Wangchen.

Esta iniciativa legal continuamente se remite al derecho contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que en su artículo 23.4 dispone que la jurisdicción penal española tiene competencia para perseguir el genocidio más allá de las fronteras y con total independencia de la nacionalidad del autor, de la nacionalidad de la víctima, y del lugar donde se hubiera cometido el delito¹³. Y esto se dice, no porque España lo decida unilateral-

- Li Peng, antiguo primer ministro durante la represión tibetana desde finales de los 80 y principios de los 90.

- Ren Rong, Secretario del Partido en el Tíbet durante el periodo 1971-1980, y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tíbet.

- Yin Fatang, Secretario del Partido en el Tíbet durante el periodo 1980-1985, y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tíbet.

- Qiao Shi, Jefe de la Seguridad China y responsable de la Policía Armada Popular durante la represión de finales de los años 80.

- Chen Kuiyan, Secretario del Partido en la Región Autónoma de Tíbet durante el periodo 1992-2001.

- Ministro Deng Delyun, ministro de Planificación Familiar en los años 90.

11 Se eligió esta fecha para aprovechar la presencia en España de víctimas tibetanas que acudieron a dar su testimonio en los Cursos de Verano de El Escorial, invitados por el Juez Magistrado Baltasar Garzón. En la página web del CAT se puede consultar distintos materiales relativos a la iniciativa legal. Disponible en <www.tibetcat.com>

12 Acción popular establecida en el artículo 125 de la Constitución española, regulada en los artículos 19.1 y 20.3 de la LOPJ

13 Artículo 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial (redacción según Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril).

"Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- Genocidio.
- Terrorismo.
- Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- Falsificación de moneda extranjera.
- Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

mente, sino porque la comunidad internacional ha acordado, que son crímenes de jurisdicción universal, porque atentan contra toda la comunidad internacional en su conjunto.

El primero de los crímenes internacionales que se invoca en la querrela es el genocidio, el cual se prevé y se castiga en el artículo 607 de nuestro Código Penal; artículo que se incluye en el capítulo II del Título XXIV, cuyo enunciado "Delitos contra el derecho de gentes" resulta lo suficientemente elocuente por sí mismo¹⁴.

Respecto a la práctica sistemática de la tortura y cualesquiera otros tratos degradantes e inhumanos que ocasionan un grave daño a la salud física o mental de una persona, se precisa en la querrela, que no sólo constituye un delito de tortura según lo previsto en dicha Convención, sino que en este caso los hechos denunciados se presentan asimismo como actos genocidas, dado el grupo destinatario de los mismos y el propósito que se persigue.

Así pues, el delito de tortura posee una tipificación propia en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno, además de ser susceptible de calificarse como hechos que deben ser investigados como integrantes del delito de genocidio y de terrorismo, tal y como ha manifestado el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, Procedimiento sumario 19/97, terrorismo y genocidio: "operación Cóndor" Auto de procesamiento 10.12.1998, en su fundamento de derecho octavo:

"Los hechos también pueden integrar el delito de tortura de los artículos 173 y 174 del Código Penal. Se introduce en el Derecho penal español, aunque sin identificarlo así, por Ley orgánica 31/78 de Julio en el artículo 204 bis del Código Penal dentro de los delitos contra la Seguridad Interior Estado; actualmente se incluye en Título independiente en los artículos 731, 74 del Código Penal. En esta materia ha de tenerse en cuenta, -- a efectos de la

g. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España".

14 En este artículo del capítulo II del Título XXIV "Delitos contra el derecho de gentes", se establece: "Artículo 607.-1. Los que con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

- Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataren alguno de sus miembros.
- Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.
- Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.
- Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.
- Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.
- Con la prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2º y 3º de este apartado."

consideración de la tortura como delito de persecución universal-- el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16.12.66, ratificado por España el 27.4.77 que prohíbe la tortura; los tratos inhumanos y degradantes; el artículo 5.1. c) de la Convención contra la tortura y otros tratos o Penas crueles inhumanos y degradantes aprobado el 10 de Diciembre de 1984 en Nueva York y ratificado por España el 21 de 1987, establece en su artículo 5.1.c) que establece que "Todo Estado parte pondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos que se refiere el artículo 4.... cuando la víctima sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado>>; el artículo 3 de las Cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de Julio de 1949 ratificadas por España que se refiere a las normas básicas aplicables a todo conflicto armado, incluyendo en ellas los no internacionales o internos que prohíben en cualquier tiempo y en cualquier lugar las torturas y los tratos inhumanos." En el mismo sentido se pronuncia el artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal de Nürnberg; el artículo 5.e) del Estatuto del Tribunal para la Ex-Yugoslavia creado en 1995.¹⁵

Asimismo por su parte el artículo 23.4.g) de la LOPJ dispone que es competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, como delito y que según los Tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido por España¹⁶.

En cuanto a la acusación de terrorismo de Estado, en la iniciativa legal se recuerda que en España se han configurado como comportamientos terroristas, los delitos contra la vida e integridad de las personas¹⁷. Partiendo de la base de la definición de terrorismo

15 Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, Procedimiento sumario 19/97, terrorismo y genocidio: "operación Cóndor" Auto de procesamiento 10.12.1998, en su fundamento de derecho octavo.

16 En concreto, las Convenciones de Ginebra, ratificadas por España (BOE 5.IX.1952), y a las que remite el Código Penal español, disponen que los crímenes en ellos contemplados deben ser perseguidos sobre la base del principio de jurisdicción universal, cualquiera que sea la nacionalidad del autor (Convención I, art. 49; Convención II, art. 50; Convención III, art. 129; Convención IV, art. 146).

Sobre el particular caso del Tíbet, debe dejarse constancia que teniendo en cuenta que en 1950, el Tíbet era un Estado independiente y que en la actualidad permanece bajo ocupación militar, el traslado de civiles del país ocupante al ocupado incurre en una flagrante violación del artículo 49 de la IV Convención de Ginebra, que en su último párrafo dispone que: "La Potencia ocupante no podrá proceder a la evacuación o transferencia de una parte de su propia población civil al territorio por ella ocupado". Esta disposición, cuyo instrumento internacional ratificó China en 1956 (Instrumento de ratificación depositado el 28 de diciembre de 1956. 444 United Nations Treaty Series, Vol. Nº 973, 1957), no se aplica únicamente durante el transcurso de las hostilidades, sino también tras el alto el fuego. Es más, esta acción cuestiona gravemente el futuro de este pueblo, cuyo ejercicio del derecho de autodeterminación, que le fue reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 1723(XVI), sigue siendo negado por la República Popular de China.

17 Así se regula en la Ley de 15 de Noviembre de 1.971; R.D.L. de 4 de Enero de 1.974; R.D.L. de 4 de Enero de 1.977; en los arts. 1 de la Ley 56/1978 de 4 de Diciembre; art. 13 de la Ley 82/1978 de 28 de Diciembre; Decreto Ley 3/1979 de 26 de Enero; art. 1.2 (a) de la Ley Orgánica 11/1984 de 1 de Diciembre; Ley Orgánica 4/1980 de 21 de Mayo; R.D. 190/1980 de 1 de Febrero; art. 1.2 (a) de la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de Diciembre; las

contenida en la ley de 15.11.1971 y del Decreto Ley 26 de agosto de 1975, como "utilización de la violencia como instrumento de acción política", se asegura en la querrela que este tipo penal se ajusta a las acciones violentas cometidas por los funcionarios y autoridades chinas, que imponen su ley en el Tíbet desde la estructura de una dictadura.

Los hechos descritos como consecuencia de esta política: las detenciones al margen de todo procedimiento legal, los juicios sumarios y formales, la práctica de la tortura por funcionarios del Gobierno de Pekín en las cárceles del Tíbet, la represión violenta en los monasterios y de las manifestaciones pacíficas, las desapariciones, las ejecuciones sumarias y arbitrarias, obedecen a una plan que coordina a los tres poderes del Estado Chino y que orquestan los dirigentes del Partido Comunista Chino. Esta actuación delictiva, no sólo altera gravemente la paz pública, tal como exige nuestro Código penal, sino que constata la ausencia de un orden constitucional en China. A este concepto del llamado "terrorismo de Estado", es al que ya se refirió en los años cincuenta el Profesor Quintano Ripollés y que se trae a colación el ya mencionado auto de procesamiento de Pinochet, al denunciar que:

"Una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es la del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del Derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados Crímenes contra la Humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo"¹⁸

leyes orgánicas 3/1988 de reforma del Código Penal y la Ley Orgánica 4/88 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ambas de 25 de Mayo de 1.988.

18 Auto del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998, rollo de apelación 173/98, sección primera, sumario 1/98 del Juzgado Central nº 6, Caso Pinochet. Este célebre pronunciamiento judicial añadía:

"El hecho de que el terrorismo se incluya por la LOPJ en su artículo 23.4 como delito susceptible de persecución universal, ha de entenderse ya referido no tanto al terrorismo, sea nacional o internacional que se produzca en España, porque tal aspecto ya está cubierto por la legislación interna, sino más bien a aquellos supuestos en los que España como miembro de la Comunidad Internacional tiene interés en perseguir; aunque su concreción evidentemente se tanga que hacer, como no podía ser de otra forma, con arreglo a las leyes españolas.

El interés de España, como miembro de aquella Comunidad no radica en el hecho de que haya o no víctimas españolas sino en el hecho de que el terrorismo participa del concepto de crimen contra la Humanidad y existe el interés común de los países en perseguirlo al constituir un caso claro de **responsabilidad penal internacional, cuando el terrorismo tiene este carácter y especialmente se utiliza como un método de represión político-ideológica y se desarrolla desde las estructuras del Estado o desde el mismo Estado a través de sus representantes**. En este punto es oportuno nombrar la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas en la que se insta a adoptar todas las medidas precisas para combatir y eliminar todos los actos de terrorismo donde quien y por quien quiera que los haya cometido (Doc. A/50/186 de la Asamblea General de 22 de Diciembre de 1995).

Por otra parte, es acertado el criterio de que en ningún caso puede atribuirse a la competencia extrate-

Finalmente en lo relativo a los hechos que hacen referencia a la persecución religiosa, las desapariciones forzosas¹⁹, ejecuciones arbitrarias, apartheid y discriminación racial, en la iniciativa legal se acude al derecho de Nürnberg con el fin de calificarlos como crímenes contra la humanidad²⁰.

2. El proceso ante la audiencia nacional

2.1. El inicial auto de inadmisión

Una vez presentada la querrela, el Juzgado Central Decano, asignó por turno de reparto el caso al Juzgado Central de Instrucción número dos de la Audiencia Nacional, quien dio traslado al Ministerio Fiscal a efectos de determinar la competencia.

El fiscal, en fecha 27 de julio de 2005 emitió un informe en el que invocando la tesis

territorial en materia de terrorismo una finalidad de autoprotección del Estado español, sino aquella otra expuesta en el párrafo anterior:

La conceptualización del terrorismo como crimen internacional, supone que no rige la exigencia de la doble incriminación y por tanto puede ser perseguido aún en el supuesto en el que no lo fuera en el país en el que ocurren los hechos en el momento en que suceden, porque lo importante es el principio de persecución universal que impone la intervención supranacional y la competencia extraterritorial, al amparo del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en New York el 19 de diciembre de 1966.

Consecuentemente con todo lo anterior ha de concluirse que la referencia que la Ley Orgánica del Poder Judicial hace al terrorismo "según la Ley penal española" supone que se protege tanto el Orden Institucional español como el Orden Institucional de otros países cuando se ve atacado por alguno de los medios comisivos típicos contra las personas y los derechos humanos. Es decir se protegen bienes jurídicos internacionales y no solo intereses internos".

19 No tanto una desaparición forzada sino la "práctica sistemática" de las desapariciones forzadas es lo que "tiene la naturaleza de crimen contra la Humanidad" (A/Res. 47/133, 18 dic. 1992, preámbulo, considerando 4o.) Asimismo en la actualidad debe destacarse en este marco la aprobación por el reciente Consejo de Derechos Humanos del forzado proyecto de Convención para la Protección de Todas las Personas de las Desapariciones Forzadas (29 junio 2006). El documento será sometido para su adopción a la Asamblea General de la ONU, en la sesión que comienza en septiembre.

20 En cuanto al crimen contra la humanidad y su tipificación penal, el artículo 6.c. del *Estatuto del Tribunal de Nürnberg*, define este crimen: "El asesinato, el exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación, y cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando esos actos o persecuciones, tanto si han constituido como si no una violación del derecho interno del país donde han sido perpetrados, han sido cometidos después de cualquier crimen de la competencia del tribunal, o en relación con ese crimen".

El art. 6.c) del Estatuto del Tribunal de Nürnberg ha sido aplicado directamente no solo por los tribunales aliados después de 1945 y también:

- en 1961, por el Tribunal del distrito de Jerusalén y el Tribunal Supremo de Israel (caso Eichmann. *I.L.R.*, 36, pp. 39-42, 45-48, 288, 295),

- en 1971, por los tribunales de Bangladesh en el caso de la solicitud de extradición a la India de oficiales de Pakistán "por actos de genocidio y crímenes contra la Humanidad" (*C.I.J. Annuaire* 1973-1974, p. 125),

- en 1981, por el Tribunal Supremo de los Países Bajos, en el asunto Menten (*N.Y.I.L.*, 1982, pp. 401 y ss.),

- en 1983, por el Tribunal Supremo de Francia en el caso Barbie, que fundamenta la aplicación del citado art. 6.c)

- en 1989, por el Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá) en el caso Finta (10.5.1989, *I.L.R.*, 82, 438 ss.).

seguida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de marzo de 2004, decretaba que a ningún Estado "corresponde ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción", a lo que añadió que una concepción de la justicia universal amplia, como era la pretendida en este querrela, conducía a "una interpretación desmesurada de la soberanía nacional" y podía desencadenar una serie de "consecuencias no siempre deseables desde la perspectiva de la seguridad jurídica".

En definitiva, la fiscalía concluía que para la persecución del hecho se había de tener el límite de que concurriera algún punto de conexión nacional con los intereses del Estado que pretenda la persecución, en este caso España. Asimismo el fiscal invocó el principio de intervención mínima en asuntos de otro Estado consagrado en el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas y aseguró que ningún instrumento internacional fijaba de manera expresa la jurisdicción universal, para finalmente solicitar la inadmisión a trámite²¹.

Esta interpretación restrictiva del principio de la jurisdicción universal fue secundada por el Juzgado Central de Instrucción número dos, siguiendo el hilo argumental del informe del fiscal, y concluyó que la jurisdicción española "no es competente para el conocimiento de los mismos habida cuenta que ninguno de los presuntos culpables es de nacionalidad española ni se encuentra en territorio nacional ni España ha denegado su extradición y, de otra parte, no se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con estos delitos, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de delitos de genocidio y torturas sobre españoles, pues la presencia en el proceso como acusación particular, de un ciudadano, Thubten Wangchen Sherpa Sherpa, nacionalizado español, no aporta la necesaria conexión para entender que deba ser la jurisdicción española la que haya de conocer de los hechos. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes."

Asimismo, el juez invocó el artículo 6 de la Convención del genocidio con la intención de ratificar la exclusión de la competencia de los tribunales nacionales de Estados terceros al lugar de la comisión del delito, ya que esa disposición contemplaba que únicamente son competentes para el enjuiciamiento del genocidio, la jurisdicción

21 El informe del fiscal, *diligencias previas proc. abreviado 0000237 / 2005, Hecho segundo, Juzgado Central de Instrucción núm. Dos 5 noviembre 2005*, expresamente manifestó que: "Ningún Instrumento Internacional, ya sea, La Convención sobre prevención el castigo de los delitos de las personas internacionalmente protegidas, de 14.12.73, el Convenio de 16.12.70 para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, o los más recientes como el Convenio Internacional para la represión de la finalización de terrorismo de 9.12.99, fija de manera expresa la jurisdicción Universal.

Por tanto poniendo en relación lo contenido en dichas convenciones con nuestro art. 23.4 de la L.O.P.J. de 1985 sería de aplicación el art. 607 del C.P. que regula el delito de Genocidio y 173 y s.s del mismo texto respecto del delito de Tortura, a todos los que realicen algunas de las conductas señaladas en las mismas con independencia del lugar de comisión, siempre que guarde relación o conexión con el Estado que pretende actuar."

del territorio (en este caso China) o la corte penal internacional. En este mismo sentido, el auto sustenta la imposición de límites a la jurisdicción universal, trayendo a colación una serie de precedentes judiciales, tanto en orden interno (Tribunal Supremo), como en el orden internacional²².

Con esta argumentación y sin entrar para nada en la comprobación de los hechos y su calificación jurídica, el Magistrado Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. Dos, Ismael Moreno Chamorro, dictó el auto de inadmisión en fecha de 5 de septiembre de 2005.

2.2. Los fundamentos de la apelación

Contra la resolución, en lugar de interponer recurso de reforma en el plazo de tres días ante el juzgado número dos, dadas las perspectivas nada halagüeñas del resultado de ese recurso ante el mismo magistrado, se recurrió directamente en apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En el recurso se vino a interpretar de manera diametralmente opuesta el principio de jurisdicción universal contemplado en el artículo 23.4 de la LOPJ, y se acudió a los precedentes de los casos de Argentina y Chile que fueron admitidos a trámite por la Audiencia Nacional, a pesar de la férrea oposición del ministerio público.

Precisamente se vino a invocar el célebre auto del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998, por el cual se decretó la orden de procesa-

22 Siendo así el magistrado se apoyó en tres casos acaecidos en la justicia alemana, belga y en el Tribunal Internacional de Justicia, todos ellos desfavorables a las tesis más amplias de la jurisdicción universal, cfr. diligencias previas proc. abreviado 0000237 / 2005, Hecho segundo, Juzgado Central de Instrucción núm. Dos 5 noviembre 2005, razonamiento jurídico segundo: "En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede como ha quedado dicho -contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales. Ambas limitaciones han sido expresamente aceptadas por los Tribunales alemanes (Conf. Tribunal Supremo Federal Alemán, BGHSt 27,30: 34,340; auto de 13.2.1994 (1BGs 100/94)

Por su parte, la Corte de Casación Belga, en su decisión sobre la causa "Sharon, Ariel; Yaron, Amos, y otros", aunque sin duda ha atendido a las particularidades de su legislación interna (artículos 12 y 12 bis de la Ley Procesal de 17 de abril de 1878), después de reconocer que la costumbre internacional se opone a que los Jefes de Estado y de Gobierno en ejercicio sean juzgados por Tribunales extranjeros, en ausencia de disposiciones internacionales que obliguen a los Estados concernidos, ha resuelto que la exclusión de la inmunidad establecida en el artículo IV del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, (Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera otro de los actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares), solo es aplicable respecto de los procesos seguidos ante los Tribunales competentes según el propio Convenio, no alcanzando a los supuestos en que el procedimiento se siga ante un Tribunal cuya competencia no esté establecida por derecho internacional convencional.

Anteriormente la Corte Internacional de Justicia en decisión de 14 de febrero de 2002, había declarado, sobre la base de la violación del estatuto de inmunidad diplomática, la nulidad de una orden de arresto de la justicia belga contra un ex ministro del Congo, expedida en el ejercicio de la jurisdicción universal prevista en el derecho belga."

miento al General Pinochet, y el tribunal declaró su competencia para el conocimiento del delito de genocidio, refiriéndose en primer lugar al articulado de la Convención para la prevención y sanción de este delito.

El fundamento de derecho segundo del citado auto acudía precisamente al mismo artículo 6 (de la Convención del genocidio), pero con una muy distinta motivación, y "declaró que el artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. Precisamente el artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron".

Pero añadía la AN que, "sería contrario al espíritu del Convenio -que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave- tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla.²³"

En todo este contexto, y al margen de lo trasladado al orden interno en el artículo 23.4 de la LOPJ, se debe poner de manifiesto que la imperatividad internacional de la represión de este crimen por parte de los Estados de la comunidad internacional, ha sido uno de los argumentos que ha esgrimido el mismo Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional en el caso Pinochet, reconociendo que la persecución del genocidio es una norma de iuscogens²⁴.

23 Auto del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998, rollo de apelación 173/98, sección primera, sumario 1/98 del Juzgado Central nº 6. El razonamiento jurídico concluía alegando: "Que si las Partes contratantes no habían acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impedía el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 6 transcrito impidiese a los Estados signatarios hacer uso del principio de persecución por personalidad activa recogido en sus normativas internas. Así por ejemplo Sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, los términos del artículo 6 del Convenio de 1948 no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo del genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal delito en el apartado cuatro del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de ningún modo incompatible con el Convenio."

24 Procedimiento sumario 19/97, terrorismo y genocidio: "operación Cóndor", Auto de procesamiento 10.12.1998, fundamento de derecho segundo, se asegura que: "La resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, estima que la persecución y castigo del crimen de genocidio es un asunto de interés nacional y habría que añadir que de obligación nacional e internacional, por ello es un crimen "condenado por el mundo civilizado" y existe el compromiso legal de su persecución tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Se trata de una norma imperativa o de iuscogens, según el Tribunal Internacional de Justicia (opinión consultiva sobre las reservas al Con-

Además tal y como apunta el Profesor Joan Garces, no debe olvidarse la aplicabilidad de la inculpación consuetudinaria en el caso de genocidio, por la que el art. V del Convenio contra el genocidio de 1948 pide a los Estados que adaptan su legislación interna para asegurar la aplicación del Convenio. Pero aunque la inculpación basada en el Convenio no es directamente aplicable, ello no excluye que la inculpación por genocidio pueda fundarse en el derecho consuetudinario basado en el derecho de Núrnberg²⁵.

Esta interpretación es la que recientemente la Sala Tercera de la Audiencia Nacional ha ratificado en la histórica sentencia del caso Scilingo (cuyos fundamentos de derecho se recogieron en el caso del Tíbet) en tanto en cuanto este fallo reconoce la obligación del Estado Español de aplicar el llamado Derecho de Núrnberg, que a su vez con posterioridad, su obligatoriedad ha sido reconocida por las Naciones Unidas y por el Tribunal para la Antigua Yugoslavia:

“La opinión según la cual los principios de Núrnberg entrarían en el ámbito del Derecho internacional consuetudinario estimamos que ha pasado a considerarse indiscutible tras la resolución de la Asamblea General de las

venio sobre la prohibición y prevención del genocidio de 9.12.48, de los días 15, 23 y 28 de Mayo de 1951). Como norma de iuscogens debe y es aceptada pacíficamente por la comunidad internacional que sólo podrá verse afectada por una modificación ulterior, a través de los mecanismos específicamente previstos en el artículo 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de Mayo de 1969. Por otra parte y debido a ese carácter (iuscogens) enraizado en el Derecho Consuetudinario Internacional, es más amplio que la que acoge la Convención de 1948, de modo que partiendo del mínimo básico que ésta contiene los principios recogidos por aquella son obligatorios para todos los Estados incluso fuera su vínculo derivado del propio Convenio, y, de aplicación con base al principio de jurisdicción universal y con exigencia de cooperación asimismo universal por todos y frente a todos (erga omnes)”.

25 GARCÉS, Joan. Pinochet, ante la Audiencia Nacional y el Derecho Penal Internacional. Ko' aga Roñe' eta, se. iii, 1997, el autor precisa que el derecho de Núrnberg se encuentra vigente en nuestro país desde la ratificación del Convenio hecho en Ginebra el 12.VIII.1949 (BOE 5.IX.1952 y 31.VII.1979), que en su artículo 85 remite expresamente a los principios de Núrnberg. Pues este último es directamente aplicable en el orden jurídico de los Estados que lo han reconocido (todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, resolución 95 (I) de 11.XII.1946 de la Asamblea General de la ONU. Y ello con tanta mayor razón cuanto que el crimen de genocidio puede ser “cometido en tiempos de paz”, como establece el artículo 1 del propio Convenio de 1948. El derecho de Núrnberg, y las resoluciones de la Asamblea General de la ONU que han establecido su vigencia, ha sido invocado como precedente por la jurisprudencia interna de los Estados y por la doctrina, en:

- Tribunal Supremo de los Países Bajos, J.K v. Ministerio Público, 27.X.1981, N.Y.I.L., 1983, p. 427,
- Cour d'Appel de París, caso Touvier, 27.X.1975, A.F.D.I. 1976, p. 924,
- Cour de Cassation de Francia, caso Leguay, 21.X.1982, A.F.D.I., 1983, p. 844,
- KELSEN, H. Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? I.C.L.Q., 1947, p. 153.

Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 que proclama la necesidad de una cooperación internacional en lo que respecta a la detección, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad. Se puede añadir aquí que, en muchas resoluciones dictadas por los tribunales penales internacionales «ad hoc» actuales, se ha afirmado y aceptado la tesis de que «desde el Estatuto de Núrnberg, el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la imposición de la responsabilidad penal individual por su perpetración no han sido seriamente discutidos (Asunto Tadic del ICTY).”²⁶

Esta misma decisión judicial expresamente reconoció la supremacía del derecho penal internacional sobre el derecho nacional, lo cual en la apelación aprovechando otros precedentes convencionales y jurisprudenciales se esgrimió para sostener que los crímenes internacionales estaban sometidos a la jurisdicción universal.

En la apelación, junto al genocidio, se recordó que los crímenes de tortura y de terrorismo (de Estado) debían asimismo perseguirse. Respecto al primero de ellos, la práctica sistemática de la tortura y cualesquiera otros tratos degradantes e inhumanos que ocasionan un grave daño a la salud física o mental de una persona, se argumentaba de nuevo que no sólo constituye un crimen internacional de tortura según lo previsto en la Convención de 1984, sino que, además, podrían ser constitutivos de crímenes contra la humanidad, dada su práctica sistemática y generalizada. En relación al terrorismo, a pesar de carecer de tipificación penal per se a nivel internacional (lo cual hizo que quedara excluido del Estatuto de Roma), se insiste de la misma forma que el interés de España, como miembro de la comunidad internacional, no radica en el hecho de que haya o no víctimas españolas, sino en el hecho de que el terrorismo participa del concepto de crimen contra la humanidad y existe el interés común de los países en perseguirlo.

3. El auto de admisión de 10 de enero de 2006

3.1. La admisión como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala

Una vez presentado el recurso de apelación en tiempo y forma, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que debía resolver el asunto, señaló la vista para el 13 de octubre de 2005. Ahora bien, pocos días antes de que se efectuara la vista se dictó una sentencia que iba afectar de forma invariable al proceso. La célebre sentencia del Tribunal Cons-

26 Sentencia por crímenes contra la humanidad en el caso Adolfo Scilingo, de 19 de abril de 2005, Sección Tercera de la Sala de lo Penal, sentencia num.16/2005, fundamento de derecho 2.1.

titucional de 26 de septiembre de 2005 que vino a resolver el recurso de amparo en el caso del genocidio de Guatemala, al incidir de pleno en el motivo de la apelación, dejó sin efecto el señalamiento previsto y lo pospuso sine die.

Como consecuencia de la existencia de distintos casos pendientes ante la Audiencia Nacional con el propósito de unificar criterios en materia de jurisdicción universal, se avocó esta decisión al Pleno de la Sala de lo Penal, dando lugar al controvertido acuerdo no jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005. Una vez posicionados el Tribunal Constitucional y el Pleno de la Audiencia Nacional, mediante providencia de 21 de noviembre, se señaló la vista de la apelación para el 14 de diciembre, en la cual la parte querellante insistió en la admisión a trámite del recurso (esta vez añadiendo a los argumentos ya expuestos en el recurso, los fundamentos jurídicos de la sentencia del TC), mientras que el ministerio fiscal persistió en la solicitud del archivo definitivo de la querrela concluyendo que dicha iniciativa legal suponía un abuso de derecho.

Finalmente, el auto de 10 de enero de 2006 de la sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acabó por estimar la competencia de la jurisdicción española en el caso del genocidio del pueblo tibetano no condicionándolo a ningún elemento de conexión nacional, siguiendo con ello, lo preceptuado por el Tribunal Constitucional.

De los diez fundamentos de derecho del auto, los seis primeros se dedican de forma exclusiva a describir el "peregrinaje" jurídico de la jurisdicción universal en el caso Guatemala y todo ello con miras aplicar todas las "etapas, fundamentaciones y resoluciones" de aquel asunto al presente caso del Tíbet.

Brevemente, el presente auto describe el caso de Guatemala desde sus inicios, con ocasión de la interposición de una denuncia en diciembre de 1999 ante el Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional por parte de la Premio Nobel de la Paz, Rigoberta Menchú, en la cual se exponían un amplio relato de hechos acaecidos en Guatemala entre 1978 y 1986, y que calificaba entre otros, como delitos de genocidio, torturas y terrorismo. Por auto de 9 de diciembre de 1999 se incoaron las diligencias previas²⁷, y se dio traslado al Ministerio Público para que informara sobre la competencia del Juzgado Central de Instrucción para instruir y de la Audiencia Nacional para resolver. En su informe de 13 de enero del 2000, el Fiscal solicitó el archivo del caso al considerar que la jurisdicción española no era competente, ya que esos presuntos hechos genocidas, ni se habían cometido en territorio español, ni los presuntos responsables eran nacionales españoles. No obstante, el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, Ruiz Polanco, admitió a trámite todas las querrelas relativas al Caso de Guatemala que fueron adhiriéndose a la denuncia de Rigoberta Menchú y ordenó la práctica de varias diligencias. Dicha decisión fue recurrida por el Ministerio Público en apelación ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que finalmente decretó el archivo de las actuaciones. Esta vez se acudió al principio de subsidiariedad, aduciendo que los tribu-

nales guatemaltecos eran los que tenían la competencia prioritaria para juzgar esos hechos, y que la parte acusadora no había fehacientemente probado la inactividad de la justicia de ese país, requisito ineludible para otorgar la competencia a la jurisdicción española.

Tanto Rigoberta Menchú, como un conjunto de organizaciones no gubernamentales recurrieron en casación esta decisión ante el Tribunal Supremo²⁸, cuya sentencia no vino sino a ahondar en la anterior interpretación restrictiva del principio de jurisdicción universal, al exigir (entre otros) de la existencia de una "conexión con un interés nacional" para poder activar lo preceptuado en el artículo 23.4 de la LOPJ. En este sentido se reconoció que únicamente podían enjuiciarse los asesinatos de los cuatro religiosos españoles y el asalto de la embajada española.

Pero el auto que nos ocupa, destaca de forma especial de esta sentencia del Tribunal Supremo, el voto particular de los siete magistrados, ya que el recurso de amparo formulado ante el Tribunal Constitucional se sustenta en los argumentos recogidos en dicha resolución disidente²⁹.

Finalmente la sentencia del Tribunal Constitucional avala la aplicación del principio de

28 Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Guatemala por genocidio, Sala de lo Penal, sentencia nº 327/2003, recurso de casación, nº 803/2001.

29 Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previas 237/05, Tercer Fundamento de Derecho *in fine*. Los argumentos de dicha resolución que sintetiza este auto son:

1º. La jurisdicción universal no se rige por el criterio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia pues, precisamente, lo que se trata de evitar es la impunidad de unos crímenes execrables, lo que ciertamente obliga a la no actuación de la intervención de un tercer Estado si está actuando la jurisdicción territorial pero, no permite exigir la acreditación plena de la inactividad de dicha jurisdicción territorial para admitir la querrela, bastando la aportación de indicios razonables de que los crímenes denunciados no han sido perseguidos hasta la fecha de modo efectivo.

2º. Haberse producido una "*reformatio in peius*" al perjudicar la posición de los denunciados en el proceso, por cuanto si bien el criterio de la Audiencia Nacional era aplicar el principio de subsidiariedad dado el escaso margen de tiempo entre la ocurrencia de los hechos ocurrido y el que estos fueran denunciados utilizando al efecto, la frase "por el momento", el pronunciamiento del Tribunal Supremo tiene un alcance definitivo puesto que sólo permite la extraterritorialidad de la jurisdicción española en el supuesto de que las víctimas sean españolas o los culpables se encuentren en España.

3º. Haberse realizado una interpretación "*contra legem*" del art. 23.4 g) L.O.P.J., por cuanto el único límite para el ejercicio de la jurisdicción española es que el delincuente no haya sido absuelto, condenado, indultado o penado en el extranjero y no el resto de los requisitos mencionados en la sentencia dictada.

4º. Por último, entiende que pese haber afirmado la sentencia que se comenta el principio de justicia universal para el delito de genocidio, principio que resulta recogido en el art. 23.4 de la L.O.P.J., no resulta coherente con la afirmación de tal principio exigir ningún vínculo o conexión entre los hechos y el interés del Estado que ejerce su jurisdicción bajo la excusa de que, en otro caso, podría darse lugar a la proliferación de denuncias por delitos totalmente extraños o alejados, evitando así cualquier forma de manifestación de la existencia de un posible abuso de derecho."

jurisdicción universal en favor de las víctimas, al ordenar que nuestros tribunales deben investigar el delito de genocidio en Guatemala, aún cuando las víctimas no sean españolas, ni los presuntos responsables se encuentren en nuestro territorio; anulando así, en este extremo la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 y concluyendo que el único límite que expresamente contempla la misma LOPJ a la jurisdicción universal es aquel, por el cual "el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena"³⁰.

Siguiendo con este razonamiento, y rebatiendo el auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, el Tribunal Constitucional determinaba que para ejercer la jurisdicción universal sería suficiente con que se aportara, "de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes."³¹ Siendo así e interpretando a contrario sensu lo regulado en el artículo 6 de la Convención del genocidio, ya comentado, la jurisdicción universal entraría en juego, cuando no se hubieren enjuiciado los crímenes denunciados en los tribunales de origen o en la Corte Penal Internacional.

Una vez expuestos estos argumentos de base³², el auto en cuestión entra a analizar en los restantes fundamentos jurídicos la aplicación de estas resoluciones al caso del Tíbet.

3.2. El agotamiento de las vías internacionales de solución y reparación al reconocido genocidio del pueblo tibetano, y el ejercicio racional del derecho

Ya señaladas las conclusiones de la sentencia del Tribunal Constitucional y para poder determinar si la jurisdicción española es o no competente para conocer el presente caso del Tíbet, los magistrados de la sección Cuarta de la Sala de lo Penal argumentan que deben examinarse y resolver tres cuestiones sobre el objeto de recurso:

a) Si los hechos que se relatan en la querrela revisten los caracteres de

30 Artículo 23.2.c LOPJ, al que remite el apartado 5 de ese mismo artículo, "5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo."

31 Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previa 237/05, Quinto Fundamento de Derecho.

32 En resumen de toda esta exposición, el auto concluye, considerando que:

A). "Que el delito de genocidio es, como proclama el art. 1 del Convenio sobre prevención y sanción del delito de genocidio, un delito de derecho internacional y

B). Que el art. 23.4 de la L.O.P.J reconoce la jurisdicción universal, entre otros, para el delito de genocidio, sin más límites que el reconocido expresamente en el texto del citado artículo,- 23.2 c) en relación con el 23 in fine-, esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, haya cumplido la condena." (Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previa 237/05, Séptimo Fundamento de Derecho)

genocidio

Respecto de esta primera cuestión, el auto tras recordar que el genocidio puede cometerse tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, transcribe la definición de este crimen según se contempla en el artículo 2 de la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio. A continuación en un único párrafo el auto resuelve, examinados todos los hechos y documentos que de forma sistemática se habían expuesto en la querrela, que se puede "deducir, sin género de dudas, que (...) revisten, prima facie, los caracteres y descripciones enumeradas en el art. 2 ya citado"³³.

El auto únicamente califica los hechos de genocidio, y sobre otros hechos (persecución religiosa, desapariciones forzosas, ejecuciones arbitrarias, apartheid y discriminación racial) que se relatan en la querrela, alegando que pueden ser susceptibles de caer bajo el tipo de crímenes de lesa humanidad, tortura o terrorismo, se guarda silencio o bien se entiende que todos ellos pueden englobarse en uno de los cinco apartados de la definición de genocidio³⁴; en todo caso no se menciona que puedan caer bajo la protección de otros convenios internacionales y constituir delitos autónomos³⁵.

b) Si concurren los presupuestos del artículo 6 del Convenio del Genocidio

En relación con este tema, el auto examina en cuatro apartados, no sólo las posibilidades judiciales descritas en este artículo, la de acudir a la Corte Penal Internacional o en este caso a los tribunales chinos, sino que constata que todos los intentos que se han realizado a nivel internacional, para resolver el conflicto del Tíbet e impedir la sistemática comisión de crímenes internacionales contra el pueblo tibetano, han sido infructuosos. En concreto, son cuatro los apartados, en donde se detallan estos extremos:

33 Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previa 237/05, Octavo Fundamento de Derecho.

34 El artículo 2, Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio establece que: "En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a. Matanza de miembros del grupo;

b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e. Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo."

35 Asimismo debe tenerse en cuenta como apunta BLANC ALTEMIR, Antonio. La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional. Barcelona :Bosch, 1990, p. 186-187. Que existe una serie de factores que contribuyen a la comisión del crimen de genocidio, como son el colonialismo, factores político-raciales y la intolerancia religiosa (factores que todos ellos se acreditan en el caso del Tíbet). Así lo pone de manifiesto el informe del Relator Especial de este crimen, N. Ruhashyankiko, (E/CN.4/Sub.2/416).

- En primer término, se revisan los intentos de la comunidad internacional y en concreto de las Naciones Unidas, de buscar una solución pacífica a la situación del Tíbet desde la ocupación del país y posterior huida al exilio del Dalai Lama y de todo su gobierno. Se reproducen las resoluciones condenatorias de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que de forma reiterada se hacía un llamamiento a las autoridades chinas con el fin de que respetaran los derechos humanos y libertades fundamentales del pueblo tibetano, incluido su derecho a la libre determinación. Sin embargo a pesar de esa presión de las Naciones Unidas, la República Popular China reaccionó, alegando que el contenido de esas resoluciones eran una "farsa e ilegal", y no por ello, "cesó el sometimiento del Tíbet y las prácticas genocidas".

- Un segundo intento, que evidencia el auto, para salir de esa crítica situación humanitaria, hace referencia al continuo llamamiento de gobiernos y organizaciones internacionales. Se traen a colación recientes resoluciones del Parlamento Europeo³⁶, en las que se condenan tanto las matanzas a manifestantes pacíficos tibetanos en 1989, como las prácticas de abortos y esterilizaciones forzadas; prácticas que también fueron denunciadas por la Comisión de Derechos Humanos en la resolución 1991/10. Se destaca que no han sido únicamente los organismos internacionales, sino que también distintos Estados de la comunidad internacional se han pronunciado sobre estos crímenes internacionales³⁷.

De todo ello se desprende, según asegura el auto, que estos hechos denunciados por la comunidad internacional son "constitutivos de delito de genocidio al amparo de lo dispuesto en el art. 2 c) y d) del Convenio sobre prevención y sanción del delito de genocidio relativos, respectivamente, al sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que puedan acarrear su destrucción física, total o parcial y, el segundo y a la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo"³⁸.

- En tercer lugar, sobre las posibilidades de que el caso del Tíbet pudiera ser conocido por la Corte Penal Internacional, por un lado se recuerda que el artículo 11 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, dispone que este tribunal únicamente es competente para conocer aquellos crímenes cometidos después de su entrada en vigor³⁹ (y los

36 Resoluciones del Parlamento Europeo de 15 de marzo de 1989 y de septiembre de 1991.

37 Entre ellas destaca el auto: "El Congreso y el Senado norteamericanos en 1987 y 1989, el Bundestag alemán en 1987, el Parlamento italiano en 1989, la Convención Internacional sobre el Tíbet y la paz en el Sur de Asia en 1989 y diversas organizaciones no gubernamentales."

38 Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previas 237/05, Noveno Fundamento de Derecho, apartado b.

39 España suscribió el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional el 18 de julio de 1998, siendo aprobado el mismo por las Cortes el 4 de Octubre de 2000, mediante Ley Orgánica 6/2000. Y el depósito del instrumento de ratificación se efectuó el 24 de Octubre de 2000. Tres años más tarde, el 10 de Diciembre de 2003, las Cortes aprobaron la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal

hechos denunciados en la querrela son anteriores a 1998), y por otro, se declara que "ni China ni, por supuesto el Tíbet, son Parte del citado Estatuto ni consta aceptación alguna de la competencia de la Corte por parte de China, por lo que no cabe esperar respuesta alguna del citado órgano internacional jurisdiccional."⁴⁰

- Por último, el auto expone la imposibilidad de acudir a los tribunales chinos. Con ello se está haciendo eco de la situación de total impunidad que se manifestó en la aportación documental unida a la querrela⁴¹, y en la apelación.

Internacional, que pretendía dar satisfacción a la obligación asumida por España de cooperar con ese Tribunal.

40 Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previas 237/05, Noveno Fundamento de Derecho, apartado c.

41 En el presente caso interesa constatar esa imposibilidad de acudir a la justicia china por parte de las víctimas tibetanas por la comisión de los hechos denunciados. En este punto es vital el recordar que China se autodefine como "una dictadura democrática, en la que se combina la democracia del pueblo y la dictadura contra los enemigos del pueblo" (Human Rights in China, Beijing Review, 4 nov. 1991, p. 43). De esta forma todo el poder en el Tíbet está en manos del Secretario del Partido Comunista y son precisamente otros miembros del Partido, quienes a su vez ejercen su voluntad, tanto en el orden ejecutivo, legislativo y judicial.

Distintos informes de juristas (reseñados al final de la nota), han acreditado sobradamente que los procesos penales en China, no son más que una "vacía formalidad". No sorprende tan rotunda afirmación, cuando el mismo artículo 126 de su Constitución no hace referencia a la independencia judicial, sino que la formulación de este principio se hace en unos términos que permite que el control del Partido se extienda sobre toda la labor judicial, desde la selección de jueces y fiscales hasta los mismos fallos de los tribunales. Es más de las cuatro Constituciones que ha tenido la República Popular de China, ninguna de ellas, ni ha reconocido la separación de poderes, ni en modo alguno se ha previsto mecanismo alguno para limitar el poder absoluto del Partido Comunista Chino. Precisamente, el anterior Secretario General del Partido, ZhaoZiyang, que en 1988 propuso la separación del Partido del Estado fue purgado de su puesto poco después con ocasión de los sucesos que acabaron con la masacre de los estudiantes chinos en la Plaza de Tiananmen.

En los numerosos casos de torturas de los detenidos tibetanos (expuestos en la querrela), existe una total complicidad y coordinación entre los jueces de instrucción y las fuerzas de seguridad chinas. Además como en todos los procesos judiciales en los que se ven envueltos los tibetanos, al considerarse que han atentado contra la seguridad del Estado, todas las deliberaciones se efectúan a puerta cerrada al calificarse el asunto de "secreto de Estado", lo que facilita aún más si cabe esa falta de independencia judicial. Las estadísticas al respecto son más que evidentes y así por ejemplo en 1997, de los 529.779 procesos que se siguieron en los tribunales chinos en ese año, en el 99'34% de los casos se encontró a los acusados culpables. Todo apunta a que la coordinación y cooperación entre los jueces, los fiscales y la policía es absoluta. Esta situación hace que únicamente en contadas ocasiones, los condenados apelen a tribunales superiores. No resultan extrañas estas decisiones, cuando el mismo Tribunal Supremo y la misma Fiscalía del Estado han declarado públicamente en su Programa Legal previsto para el periodo 2000-2005, absoluta lealtad al Partido y a sus políticas y han prometido estrechas su cooperación con los Comités del Partido a todos los niveles, cfr: LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS. Opening to reform? An analysis of China's revised Criminal Procedure Law. New York/Washington, octubre 1996; HUMAN RIGHTS IN CHINA. Empty promises: Human rights protections and China's Criminal Procedure Law in practice, Nueva York/Hong Kong, marzo 2001; AMNISTIA INTERNACIONAL. Repression in Tibet, 1987-92, pp. 50-51, ha denunciado las numerosas deficiencias del sistema judicial chino.

Mientras que la RPC, no sólo desmiente las violaciones de los derechos humanos en el Tíbet, sino que se esfuerza en alagar los cincuenta años de avances económicos, sociales e incluso religiosos de la Región Autónoma, desde el exterior se tacha a estos informes de "lavados de cara" (AMNISTIA INTERNACIONAL ha calificado los informes de Pekín de "lavados de cara", reconociendo que los derechos constitucionales en China no son más que "papel mojado". "El Libro Blanco no aborda la cuestión de por qué se violan estos derechos y por qué se permite que continúen estas violaciones", cfr: ASA 17/07/00/S, "China: ¿Libro

c) **Si se aprecia un ejercicio racional del derecho al presentar esta querrela ante los tribunales españoles por unos crímenes internacionales cometidos en Tíbet**

El último de los elementos que examina el auto antes de su pronunciamiento final es aquel que hace referencia al llamado test de razonabilidad. El origen de este criterio se recoge en el auto no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2005, reunido para unificar criterios en materia de jurisdicción universal, tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala. En el mismo se apunta, que: "constatado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la comunidad Internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso abuso de derecho por la absoluta ajeneidad [sic] del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos".

Los magistrados de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal en este caso del Tíbet han interpretado el criterio anterior única y exclusivamente con el fin de evitar un ejercicio abusivo de derecho, pero en modo alguno ese argumento puede servir como pretexto para continuar dejando en la impunidad a crímenes internacionales, y más aún bajo un argumento tan subjetivo como que el delito o el lugar de la comisión de los hechos sea "un lugar extraño y/o alejado". Existía el peligro que se interpretara este requisito con la intención de archivar la querrela del Tíbet (ya que no se trata de un lugar muy próximo o con una conexión directa con España), argumentación que a todas luces se advirtió en la vista de la apelación que resultaría contraria, no sólo a la letra del mismo artículo 23.4 de la LOPJ (y a la recientemente dictada sentencia del Tribunal Constitucional), sino también al principio de legalidad (art. 9.3 en relación con el art. 25.1 CE) y a los derechos de tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE) y de igualdad ante la ley (art. 14.1)

Afortunadamente, en la primera ocasión que han tenido los jueces de pronunciarse e interpretar ese criterio de razonabilidad, han apostado por la lucha contra la impunidad, estimando el recurso de apelación y concluyendo sobre

Blanco o lavado de cara?", 17 de febrero del 2000) y se les recrimina de consolidar el "colonialismo en el techo del mundo". La respuesta del Gobierno Tibetano en el Exilio desde Dharamsala al Libro Blanco de noviembre de 2001 del Consejo de Estado de China, El desarrollo de la modernización del Tíbet, se concretó un mes más tarde con el informe cuyo título resulta ser de por sí lo suficientemente significativo: "la cumbre de la oscuridad: colonialismo chino en el techo del mundo".

Toda esta situación no sólo hace imposible que cualquier víctima tibetana pueda acudir a la justicia china, sino que evidencia una total impunidad de los presuntos criminales. Dada la situación actual del país y teniendo a su vez en cuenta el status de país ocupado del Tíbet resulta en estas circunstancias impensable que los tribunales chinos tengan la intención de juzgar a sus propios colegas del Partido, y más aún cuando son los jueces quienes se encuentran en una relación de subordinación jerárquica respecto a los mismos.

este caso del Tíbet, que "dados los hechos que se describen detalladamente en la querrela presentada junto con la importante documentación acompañada, se desprende, no sólo la existencia de que los hechos denunciados presentan caracteres de un delito de genocidio que deben ser investigados por la jurisdicción española según lo razonado anteriormente sino la competencia de este órgano jurisdiccional para admitir y tramitar la querrela en su día denegada atendiendo a los postulados y principios establecidos por la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005"⁴².

4. Consideraciones finales

Como consecuencia de la admisión a trámite de la querrela, la parte querellante dirigió un escrito al juzgado con el fin de que se procediera a la práctica de diligencias previas. En las mismas se vino a solicitar que se librara Comisión Rogatoria para que por la autoridad judicial de la República Popular China se efectuase el interrogatorio a los querellados. Asimismo para la debida comprobación de los hechos se demandó que por el Juzgado se señalase fecha y hora para la declaración ante el mismo de una serie de testigos y víctimas de los delitos denunciados en la querrela.

En respuesta a esas peticiones, el magistrado del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional dictó una providencia el 13 de marzo de 2006 en la cual, únicamente a petición del fiscal, se solicitó al Ministerio de Asuntos Exteriores Español que pusiera a disposición del juzgado las resoluciones de las Naciones Unidas referentes al caso del Tíbet y documentos relativos a las víctimas, e informase sobre la veracidad de los cargos de los querellados⁴³, ignorándose por completo las diligencias solicitadas por el Comité de Apoyo al Tíbet (CAT).

Poco después como reacción a esta providencia, la parte querellante, en fecha de 17 abril de 2006, presentó un escrito de alegaciones exigiendo la nulidad de las actuaciones anunciadas. Los fundamentos de esta solicitud apuntaban a que el juez había acordado la práctica de diligencias "inútiles, contrarias a derecho y dilatorias". Con ello se estaba haciendo referencia, por una parte a que las resoluciones de las Naciones Unidas ya habían sido aportadas por la parte querellante con las referencias oficiales pertinentes y por tanto era obligación del juzgado y no del Ministerio citado el conocer y/o comprobar las mismas; y por otra, se calificaba de "retardo malicioso" el querer comprobar el cargo de los querellados, lo que podía dar a entender que se habían aportado datos falsos en la querrela. Por último se advertía que el Ministerio de Asuntos Exteriores no tenía por qué tener en su haber datos relativos a las víctimas y que la forma de acreditar todos estos hechos precisamente era el de proceder a la práctica de diligencias probatorias ya mencionadas en la querrela, y que exigían que las víctimas mismas fueran llamadas para prestar su testimonio ante el juez; actuaciones que no se habían contem-

42 Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previas 237/05, Décimo Fundamento de Derecho.

43 Providencia 13 de marzo de 2006, Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas 237 / 2005 - J.

plado en la providencia y en cambio sí se había hecho lo propio con las propuestas por el fiscal, por lo que se advertía, que éstas podían ser contrarias al derecho fundamental de no padecer dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)⁴⁴.

El 16 de mayo de 2006, el magistrado instructor del caso dictó auto en el cual de forma breve concluyó que para que se declarase la nulidad pretendida debería haberse producido una indefensión, al haberse prescindido de forma absoluta de las normas esenciales de procedimiento, lo cual consideraba no se desprendía de las actuaciones; como tampoco apreciaba ningún defecto de forma. En todo caso, junto al auto, emitió otro escrito en el que esta vez sí, por una parte, libró Comisión Rogatoria Internacional al Reino Unido y a Canadá con el propósito de interrogar a dos testigos del presunto genocidio tibetano, y por otra, citó al testigo y víctima de nacionalidad española, ThubtenWangchen⁴⁵, dejando de nuevo en suspenso la remisión de los interrogatorios a los querellados.

Sea como fuere, el 5 de junio de 2006, la primera víctima del caso del Tíbet prestó declaración ante el juez de la Audiencia Nacional, lo que provocó las airadas protestas del gobierno chino, a través del portavoz del Ministerio Chino de Exteriores, LiuJianchao, quien declaró a los medios de prensa internacionales que la investigación sobre los presuntos crímenes internacionales acaecidos en Tíbet eran una "difamación total, una absoluta mentira" y obedecía a intenciones secesionistas orquestadas por la "camarilla del Dalai Lama". Además el Gobierno de Pekín llamó al embajador español en la capital china, para protestar de las actuaciones de la justicia española, asegurándole que el empleo de la cuestión de los Derechos Humanos en el Tíbet era una excusa para interferir en los asuntos internos de China⁴⁶. A ello añadían, que no sólo se oponían a esa injerencia externa de los jueces españoles, sino que abiertamente reconocieron que los tribunales españoles no poseían la potestad para enjuiciar este caso, y al mismo tiempo confiaban que el gobierno de España atendiera la petición de "gestionar de forma apropiada este problema, para que las relaciones chino-españolas pudieran, con el esfuerzo de ambas

44 Escrito de alegaciones de 17 de abril de 2006 presentado con contundencia por el abogado del caso Ldo. Prof. Dr. José Manuel Gómez Benítez.

45 Junto a este testigo, también ha declarado desde el Reino Unido, el exiliado y víctima tibetana, TenzinTsun-due, cfr. COONAN, CLIFFORD. Tibetan dissident to accuse Chinese of torture and genocide, *The Independent*, Beijing, 3 julio, 2006.

46 "Pekín convoca al embajador español para quejarse de las imputaciones de genocidio", *El País*, 9 junio 2006. Las críticas fueron recogidas por la agencia oficial china de noticias, Xinhua, "Interference in Tibet issue opposed", *Xinhua - China Daily*, Beijing, 7 junio 2006 y por toda la prensa internacional, cfr. "China warns Spain over Tibet lawsuit", *International Herald Tribune*, Agence France Presse, Reuters, *The Associated Press*, 7 junio 2006

A la reacción virulenta de las autoridades chinas debe añadirse que justamente la misma semana que la primera víctima tibetana declaraba en la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo ordenaba la admisión a trámite de otra querrela contra altos cargos chinos por la presunta comisión de un delito de genocidio cometido contra los seguidores de Falun Gong.

partes, seguir desarrollándose de forma saludable"; declaración que a todas luces pone de manifiesto la inexistente separación de poderes en China⁴⁷.

En definitiva, de todo lo acontecido hasta la fecha en el proceso se puede concluir, que tras más de cincuenta años de comisión reiterada de crímenes contra la humanidad en el Tíbet por vez primera un tribunal de justicia ha reconocido este hecho y ha decidido abrir una investigación. De esta forma, se está siguiendo lo que en materia de jurisdicción universal había ya dictaminado el Tribunal Constitucional, y se confirma una vez más en la práctica, que la jurisdicción penal española tiene competencia para perseguir los crímenes universales, ignorando las nacionalidades de las víctimas y de los presuntos autores y del lugar donde se hubiera cometido el delito; no siendo esto una resolución que la hayan decidido unos jueces de forma unilateral, sino que es un compromiso compartido por toda la comunidad internacional.

Pero, por encima de todo, la investigación de un caso como el del Tíbet supone abrir una puerta a la lucha contra la impunidad tras más de medio siglo de silencio y con ello se está de forma decidida avanzando hacia el objetivo de esta jurisdicción universal: que es proteger a las víctimas, en este caso tibetanas, más allá de las fronteras y de todo condicionamiento político y de los mercados. Asimismo, este caso debe poner de manifiesto que los procesos de transición de regímenes dictatoriales, como el que deberán experimentar China y Tíbet, no suponen una elección entre democracia y justicia, teniendo que necesariamente descartar uno de los dos, sino que más bien la incompatibilidad se encuentra si pretenden ir de la mano la democracia y la impunidad; argumento extrapolable al proceso abierto de negociación sobre el territorio tibetano entre las autoridades chinas y el gobierno tibetano en el exilio. Siendo así, se puede concluir lo siguiente:

"La impunidad, entendida como la no rendición de cuentas de actos criminales realizados desde el poder, ha condicionado los procesos de institucionalización democrática de unos países y de consolidación democrática en otros, porque sólo la verdad, la justicia y la reparación son la base sobre la que se puede construir una auténtica democracia"⁴⁸.

47 REINOSO, José. "China califica de calumnias las acusaciones contra varios de sus líderes", *El País*, Pekín, 10 junio 2006. Este artículo recoge parte de ese comunicado de las autoridades chinas a la agencia de noticias, Associated Press.

48 Conclusión primera del Encuentro Internacional, "La impunidad como obstáculo en los procesos de construcción democrática", 19-21 abril 2005, Barcelona.