



FACULTAD DE DERECHO

# VICISITUDES DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO EN ESPAÑA

Repercusiones en el caso Tíbet

Autor: Beatriz Xiao León

5º E-3D

Derecho Penal

Tutor: Myriam Cabrera Martín

## RESUMEN

El delito de genocidio nació a mediados del siglo pasado, acuñado por el jurista polaco Lemkin, tras las masacres que estremecieron al mundo llevadas a cabo contra judíos y armenios. Aunque debieron pasar varios años, el delito finalmente se incluyó en textos legales internacionales y en 1971 en nuestro Código Penal.

En este trabajo analizaremos el delito de genocidio en nuestra regulación y nos adentraremos en el caso del Tíbet, la historia de su conflicto con China a lo largo del siglo XX y la repercusión que ha tenido a nivel internacional. A raíz de una querrela interpuesta ante la justicia española, se abrió en 2006 un procedimiento que dio lugar a la calificación de los hechos como constitutivos de un posible delito de genocidio por la Audiencia Nacional y al libramiento de Órdenes Internacionales de Detención contra cinco altos cargos del gobierno chino.

Como cabía esperar, esto provocó la reacción de China, que presionó al Gobierno español para que desistiera del caso. El resultado fue una reforma de la justicia universal en nuestro país que ha limitado de una forma dudosamente acertada las posibilidades de conocimiento del delito por nuestros tribunales.

Palabras clave: delito de genocidio, Convención para la prevención y sanción del genocidio, Caso Tíbet, justicia universal.

## **ABSTRACT**

The crime of genocide was born in the middle of the 20<sup>th</sup> Century, coined by the Polish jurist Lemkin after the massacres carried out against Jews and Armenians shocked the world. However, several years were to elapse before the crime was finally included in international legal texts and in the Spanish Criminal Code in 1971.

In this essay we will analyse the crime of genocide in the Spanish regulation and we will take a closer look at the Tibet case, the history of its conflict with China during the 20<sup>th</sup> century and its international repercussion. As a result of a lawsuit brought before the Spanish courts, a criminal proceeding was instituted in 2006. This proceeding resulted in the qualification of the acts as constitutive of a possible genocide by the Spanish National High Court and, consequently, in the issuance of International Arrest Warrants against five senior members of the Chinese Government.

As might have been expected, this caused China's reaction, who pressed the Spanish Government to terminate the proceeding. The result was a reform of the Spanish universal justice which limited in an arguably appropriate way the possibilities of knowledge of the case by the Spanish courts.

Key words: crime of genocide, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Tibet case, universal justice.

# ÍNDICE

LISTADO DE ABEVIATURAS .....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN AL DELITO DE GENOCIDIO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL .....	7
A. ORIGEN DEL DELITO Y REGULACIÓN JURÍDICA.....	7
B. DELITO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....	9
CAPÍTULO II: EL DELITO DE GENOCIDIO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL .....	11
A. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE GENOCIDIO EN EL CÓDIGO PENAL Y REGULACIÓN ACTUAL .....	11
B. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	13
C. SUJETOS DEL DELITO .....	15
a. <i>Sujeto activo</i> .....	15
b. <i>Sujeto pasivo</i> .....	16
D. TIPO OBJETIVO.....	20
a. <i>Conductas típicas y clases de genocidio</i> .....	20
b. <i>El autogenocidio</i> .....	21
E. TIPO SUBJETIVO .....	22
F. IMPRESCRIPTIBILIDAD .....	25
G. CUESTIONES CONCURSALES.....	25
CAPÍTULO III: EL CASO TÍBET .....	27
A. HISTORIA DEL TÍBET DESDE EL SIGLO XX .....	27
B. REACCIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL .....	31
C. EL CASO TÍBET ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES .....	35
a. <i>Conocimiento del caso Tíbet por la justicia española</i> .....	35

<i>b. El caso Tíbet tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ.....</i>	<i>38</i>
CAPÍTULO IV: EL DELITO DE GENOCIDIO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL TRAS LA REFORMA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL.....	46
CONCLUSIONES.....	50
BIBLIOGRAFÍA.....	52

## **LISTADO DE ABEVIATURAS**

AN	Audiencia Nacional
CPI	Corte Penal Internacional
EPL	Ejército Popular de Liberación
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
OID	Orden Internacional de Detención
RPC	República Popular China
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

## INTRODUCCIÓN

En este trabajo analizaremos la regulación del genocidio en el derecho penal español, el desarrollo del procedimiento de un caso concreto, el caso Tíbet – admitido a trámite por nuestros tribunales en 2006 y archivado en 2015 – y cómo han afectado las reformas de la justicia universal a las posibilidades de conocimiento del delito por la justicia española.

Para empezar, explicaremos el origen del genocidio, cuyo nacimiento tuvo lugar en el derecho internacional, y su introducción en nuestro ordenamiento jurídico, para a continuación adentrarnos en los elementos y estructura del delito. Pese a que nuestro análisis se centra en el tratamiento del delito en el ordenamiento español, el hecho de que, como explicaremos, el genocidio sea un crimen de derecho penal internacional, hará que sea de utilidad para llevar a cabo su análisis hacer referencia tanto a la jurisprudencia y doctrina nacional como a la internacional.

Tras una aproximación teórica, nos ha parecido ilustrativo explicar el desarrollo de un caso concreto que ha sido enjuiciado por nuestros tribunales para, por un lado, conocer la aplicación práctica del delito en nuestro ordenamiento y, por otro, explicar cómo las reformas llevadas a cabo en 2009 y 2014 del art.23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), relativo a la justicia universal, han limitado la competencia de la jurisdicción española para conocer, entre otros, de los casos de genocidio. Para ello, partiremos del relato de los hechos ocurridos y de las reacciones y valoración de lo ocurrido por la Comunidad Internacional, para después adentrarnos en las vicisitudes del caso en España.

No es ningún secreto que las reformas de la LOPJ se vieron impulsadas por el hecho de que los casos relativos a crímenes internacionales, en los que se estaba acusando e incluso librando Órdenes Internacionales de Detención (en adelante, OID) contra autoridades de otros Estados, estaban afectando a las relaciones diplomáticas de España. Pese a que no nos ha parecido relevante desde el punto de vista jurídico tratar la conveniencia de que una reforma legislativa encuentre su origen en la salvaguarda de las relaciones internacionales entre Estados, sí que trataremos las consecuencias que dichas reformas han traído a las posibilidades de conocimiento del genocidio por nuestra jurisdicción y su cuestionable constitucionalidad.

# CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN AL DELITO DE GENOCIDIO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

## A. ORIGEN DEL DELITO Y REGULACIÓN JURÍDICA

El concepto de genocidio fue concebido por primera vez por Raphael Lemkin en 1944 en su obra *Axis Rule in Occupied Europe*, en la que explicó que con dicho término – compuesto por la voz griega *genos* que significa raza o tribu, y la latina *cidio*, matar – se quería referir a la destrucción de una nación o de un grupo étnico. Ahondando en el concepto, explicó que se trataba de un delito dirigido *contra un grupo nacional como una entidad, y cuyas acciones están dirigidas contra individuos, no por su capacidad individual, sino por su pertenencia a un grupo nacional*.<sup>1</sup>

La noción de genocidio surgía después de que se produjeran dos de las grandes masacres contra seres humanos que se han presenciado en el siglo XX; el exterminio de los armenios en la Primera Guerra Mundial, que se cobró entre 500.000 y un millón de vidas,<sup>2</sup> y el Holocausto, consistente en la política de exterminio llevada a cabo por Hitler en el Tercer Reich y que puso fin a la vida de más de 6 millones de judíos.<sup>3</sup>

Entre noviembre de 1945 y octubre de 1946 tuvieron lugar los Juicios de Nuremberg en el Tribunal Militar Internacional, creado a iniciativa de los Estados vencedores de la Segunda Guerra Mundial para *enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo*.<sup>4</sup> Sin embargo, durante el proceso no se hizo referencia al delito de genocidio sino al de crimen de guerra y crimen contra la humanidad.<sup>5</sup>

Para que se definiera por primera vez el genocidio habría que esperar a la Resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que determinó que el delito *es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir*. Añadía la Resolución que ejemplos de genocidio ya se habían producido

---

<sup>1</sup> LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington, D.C, 1944, p.79.

<sup>2</sup> WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2001, pág.410.

<sup>3</sup> WERLE, cit., p. 411.

<sup>4</sup> Art. 1 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 1945

<sup>5</sup> WERLE, cit., p. 414.



cuando *grupos raciales, religiosos, o políticos han sido destruidos parcial o totalmente*, y afirmó que se trata de un delito de Derecho Internacional. Además, solicitó al Consejo Económico y Social que preparara un *proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio, para que sea sometido a la Asamblea General en su próxima sesión ordinaria*. Tras la elaboración del proyecto, en el que Lemkin participó, la Asamblea General aprobó la Resolución 260 A (III) sobre la adopción de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio el 9 de diciembre de 1948 (en adelante, Convención de 1948), en cuyo preámbulo se calificó el delito como de Derecho Internacional y en cuyo art. II se definió:

#### *Artículo II*

*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.*

En el art.III se enumeran los actos que serán castigados en el ámbito del genocidio: *a) el genocidio, b) la asociación para cometer genocidio, c) la instigación directa y pública a cometer genocidio, d) la tentativa de genocidio y e) la complicidad en el genocidio.*

En el art. VI, respecto del órgano competente para juzgar a las personas que hubieran cometido el delito, se dice que *serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.*

El primer tribunal penal internacional con competencia para conocer el delito sería el creado para la ex Yugoslavia (en adelante, TPIY) en 1993 en cumplimiento de la

Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU, el 25 de mayo de dicho año, y que fue establecido *con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia*. Al año siguiente se constituiría, el 8 de noviembre, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR), en virtud de la Resolución 955, con el fin de *enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos*. Por tanto, en ambos casos se trataba de tribunales *ad hoc*, creados para enjuiciar casos concretos. Finalmente, el 17 de julio de 1998 se adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, Estatuto de Roma), que daría lugar a la creación de un órgano con competencia para juzgar el delito de genocidio, entre otros, en todo el mundo. Sin embargo, de acuerdo con el art. 11, su competencia está limitada temporalmente a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto y, de conformidad con el art.12, que se hayan cometido en el territorio o por un nacional de un Estado Parte del Estatuto o de un Estado que hubiere aceptado la competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI).

Durante la elaboración del texto legal se discutió la posibilidad de incluir entre los grupos protegidos a los grupos políticos y sociales, pero finalmente en el art.6 se recogió la misma definición que la que encontramos en el art.II de la Convención de 1948, quedando, por tanto, dichos grupos excluidos.<sup>6</sup>

## B. DELITO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El derecho penal es aquella rama del derecho que tiene *la función de proteger los bienes vitales fundamentales del individuo y de la comunidad*.<sup>7</sup> Por tanto, el objetivo del derecho penal internacional (en adelante, DPI) será también el de proteger bienes vitales fundamentales, pero en la medida en que sean de relevancia para el ordenamiento jurídico internacional. Es decir, las conductas relevantes para aquel serán las que constituyan los *crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*,<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> WERLE, cit. p. 415.

<sup>7</sup> GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, p. 18.

<sup>8</sup> Art. 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

siendo dichos crímenes los que atenten contra *la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*.<sup>9</sup> El Estatuto de la CPI especifica en su art.5 cuáles son estos crímenes, resultando ser el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

---

<sup>9</sup> Preámbulo del Estatuto de la CP, pfo. tercero

## CAPÍTULO II: EL DELITO DE GENOCIDIO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

### A. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE GENOCIDIO EN EL CÓDIGO PENAL Y REGULACIÓN ACTUAL

El delito de genocidio se introduce en el Código Penal español por primera vez en 1971, a través de la reforma llevada a cabo mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. De esta forma, España daba cumplimiento al art. V de la Convención de 1948<sup>10</sup>, a la cual se adhirió el 13 de septiembre de 1948. En un primer momento, el delito fue introducido en el Capítulo III, Delitos Contra el Derecho de Gentes, del Título I, Delitos contra la Seguridad Exterior del Estado, concretamente, en el nuevo art.137 bis. El artículo sería modificado en varias ocasiones:

- Mediante la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se ajusta la redacción a la literalidad de la Convención, al sustituirse la palabra “social” por “racial”.
- Mediante la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, se introduce la tipificación de la apología de los delitos de genocidio mediante la incorporación de un nuevo apartado al art.137 bis.
- Mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre se aprueba un nuevo Código Penal, en el que el delito de genocidio se recoge en el art. 607 (Capítulo II, Delitos de Genocidio, Título XXIV, Delitos contra la Comunidad Internacional). Se mantuvo la definición de genocidio dada por la modificación de 1983 y en el art.607.2, como novedad respecto al CP penal anterior, también se tipificó la difusión de ideas que negaran o justificaran el genocidio o pretendieran la rehabilitación de regímenes o instituciones que ampararan prácticas generadoras del mismo.

---

<sup>10</sup> *La naturaleza de investigación "in absentia" que ha pesado durante diez años sobre la instrucción del presente procedimiento, ha determinado que la localización de los denunciados no haya sido posible ni siquiera para recibirles declaración, o para determinar si siguen con vida, mientras que las órdenes de detención cursadas a la INTERPOL tampoco han sido atendidas, por no apreciar claramente este organismo internacional su justificación, en cumplimiento de su normativa interna.*

- Por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, mediante la cual se añadió la discapacidad de los integrantes del grupo a la configuración jurídica del genocidio. Así, el CP volvió a apartarse de la letra de la Convención ampliando el ámbito de protección a un nuevo grupo. En opinión de GIL GIL, esta reforma carece de sentido, pues el delito de genocidio *no pretende la protección de los derechos de las personas frente a atentados cometidos por motivos discriminatorios, sino la protección de determinados grupos humanos con una entidad y caracteres propios que los convierten, al mismo nivel que los propios Estados, en las bases de la Comunidad internacional*<sup>11</sup>. Además, debemos considerar que ya se prevén otros delitos cuyo fin es luchar contra las conductas discriminatorias y que el genocidio tiene una finalidad distinta, como establece la autora. Cuestión distinta es que un ataque generalizado y sistemático contra las personas con discapacidad o cualquier otro grupo se pudiera sancionar como delito de lesa humanidad, pero no como genocidio.
  
- La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) núm. 235/2007, de 7 de noviembre, declaró inconstitucional la conducta típica consistente en negar el genocidio. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo eliminó este apartado e introdujo la pena de inhabilitación especial *para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente y de tiempo libre*. El antiguo art.607.2 pasaría a formar parte del art.510, que sanciona conductas que supongan negación, trivialización o enaltecimiento de los delitos de genocidio. Dicha reforma también introdujo la pena de prisión permanente revisable para los dos primeros supuestos del art.607.

Tras las modificaciones que se han llevado a cabo la redacción del delito de genocidio vigente a día de hoy es la siguiente:

*1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:*

---

<sup>11</sup> GÓMEZ TOMILLO, JAVATO MARTÍN y otros, *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo IV*, Pamplona, 2015, p. 752.

1.º Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros.

2.º Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3.º Con la pena de 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.

4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos 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.

5.º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los numerales 2.º y 3.º de este apartado.

2. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

## B. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como hemos señalado, el delito se encuentra recogido en el Título XXIV, cuya rúbrica es Delitos Contra la Comunidad Internacional, por lo que de una primera lectura cabría concluir que esta es el bien jurídico protegido. Sin embargo, algunos autores como GONZÁLEZ REUS y CONDE-PUMPIDO no están de acuerdo con que el bien jurídico protegido sea la Comunidad Internacional, sino que consideran que lo es el grupo cuya existencia se amenaza<sup>12</sup>. En cualquier caso, en lo que coincide la mayoría de la doctrina<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal, parte especial. Vol. II*, Madrid, 1997; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal comentado, Con concordancias y jurisprudencia, Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010, Tomo II*, Barcelona, 2012.

<sup>13</sup> FEIJOO, *Los delitos de genocidio en el Derecho penal español (art. 607 CP)*, Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 1997, nº42, p.100 y ss.; ZÁRATE CONDE, GONZÁLEZ CAMPO, MORAL DE LA ROSA, DÍAZ TORREJÓN, MAÑAS DE ORDUÑA, *Derecho Penal. Parte especial. Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*, Madrid, 2016, pp. 1041 y 1042.

es en considerar que el delito de genocidio protege un bien jurídico supraindividual y supranacional.

El bien jurídico protegido es supraindividual en tanto en cuanto que su titular no es una sola persona física, sino un grupo de personas como colectividad. Se trataría de proteger, por tanto, la existencia de determinados grupos humanos y, concretamente, según nuestro Código Penal, *un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes*. Mientras que el delito de genocidio niega la existencia de un grupo humano, en el delito de homicidio, por ejemplo, se atiende a que se está privando del derecho a la vida a seres humanos individuales.

Además, tratándose de un delito de Derecho Internacional, el bien jurídico protegido es también la Comunidad Internacional, bien jurídico protegido común a todas las conductas típicas comprendidas en el Título XXIV del CP. Y es que, como señala LUZÓN CUESTA, a través de estos tipos *se protegen igualmente intereses supraestatales en beneficio de la solidaridad internacional*.<sup>14</sup> Estamos, por tanto, ante un delito que tutela un bien jurídico supranacional, esto es, que salvaguarda intereses comunes a todos los Estados. Además, con la inclusión del delito de genocidio en el Título dedicado a los delitos contra la Comunidad Internacional en 1995 (como hemos señalado, hasta 1995 el delito se encontraba recogido en el Capítulo dedicado a los delitos contra el Derecho de gentes, dentro del Título sobre la Seguridad exterior del Estado) se evidencia la naturaleza de los intereses supranacionales que se busca proteger.

Según FEIJOO,<sup>15</sup> es preciso distinguir entre los delitos que protegen intereses de la Comunidad Internacional, los cuales califica de delitos internacionales o *delitos contra la Comunidad Internacional en sentido estricto*, de aquellos que califica como *delitos transnacionales* (tráfico de drogas, tráfico de armas, secuestro de aeronaves, etc.), cuya persecución necesita de una especial colaboración y coordinación entre Estados. Según el autor, esta distinción es la que da sentido a que el Código Penal dedique a los primeros delitos un Título específico, mientras que los segundo se encuentran esparcidos a lo largo del Código, en atención a que son diversos los bienes jurídicos que protegen (la salud pública, la seguridad pública, el derecho al transporte aeronáutico en condiciones de seguridad, etc.).

---

<sup>14</sup> LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 2015, p. 491.

<sup>15</sup> FEIJOO, cit., pp.100 y ss.

Yendo un poco más allá, hay que señalar que, al mismo tiempo e indirectamente, en el delito de genocidio se están protegiendo también bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, libertad sexual...), y decimos indirectamente porque solo en la medida en que la persona sea atacada como consecuencia de su pertenencia a uno de los grupos protegidos podrá la lesión de intereses individuales considerarse un crimen de genocidio.<sup>16</sup> Los atentados a los derechos individuales constituyen meros instrumentos para conseguir el fin destructivo.<sup>17</sup>

Además, WERLE, G., entre otros, afirma que existe un bien jurídico adicional, la dignidad de la víctima, ya que *el individuo sólo es víctima del crimen debido a su pertenencia a un determinado grupo, de forma que aparece despersonalizado y convertido en un mero objeto.*

En consecuencia, se entiende que el delito de genocidio es un tipo pluriofensivo, que indirectamente atenta contra bienes jurídicos individuales y directamente contra la existencia de determinados grupos humanos; también, de manera adicional, atenta contra la dignidad de la víctima y, finalmente, en general, contra la Comunidad Internacional.

### C. SUJETOS DEL DELITO

#### a. Sujeto activo

El delito de genocidio es un delito común, por lo que no será necesario que el autor tenga una especial cualificación para cometer el crimen. Respecto de que el Estado fuera considerado como sujeto activo del delito, aunque durante la elaboración de la Convención de 1948 se valoró la posibilidad de incluirlo, finalmente no se hizo.<sup>18</sup> Sin embargo, lo más frecuente será que el delito sea llevado a cabo por un gobierno o por un grupo apoyado por el Estado pues, como señala GIL GIL, si el Estado no está de alguna manera implicado, será él mismo el que, a través de los tipos penales comunes, reprima las conductas que podrían constituir un genocidio antes de que llegara a producirse.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup>WERLE, cit. pp. 417 y 4718.

<sup>17</sup>LAMARCA PÉREZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 2011, p. 799.

<sup>18</sup>GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999, p. 201.

<sup>19</sup>GIL GIL *Derecho Penal Internacional*, cit., p. 202.



Se trata, además, de un delito plurisubjetivo, pues solo podrá ser cometido por varios sujetos, ya que el legislador ha previsto al sujeto activo como tal, en la medida en que se refiere al sujeto activo en el art.607 CP como *los que*. Es decir, un solo individuo, aunque actuara cumpliendo los requisitos del tipo, lo cual en la práctica no parece muy factible, no podría ser considerado autor de este delito, en tanto en cuanto el tipo parece requerir la existencia de una colectividad dirigida a la eliminación de un grupo.

*b. Sujeto pasivo.*

*i. Determinación de los grupos protegidos*

El sujeto pasivo es el *grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes*, es decir, una colectividad de individuos en los que concurren las características enumeradas en el tipo, esto es, rasgos que dan cohesión al grupo y que se poseen desde el nacimiento, lo que hace que el grupo tenga un carácter permanente y estable.<sup>20</sup>

No siempre será fácil determinar si un grupo de individuos conforma uno de los grupos enumerados en el tipo. Para ello, la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales ha recurrido tanto a criterios objetivos como subjetivos.<sup>21</sup> Por un lado, atender exclusivamente a criterios objetivos como una lengua o una fe común podría dar lugar a que en algunos casos no se pudiera determinar la concurrencia de uno de los grupos protegidos. Esta es la dificultad con la que se encontró el TPIR a la hora de identificar a los tutsi y a los hutu, que no podían identificarse como dos grupos diferenciados atendiendo solo a criterios objetivos – ya que compartían la misma fe, lengua y cultura – pero eran considerados en Ruanda como dos grupos étnicos diferentes.<sup>22</sup> Por otro lado, en cuanto a los criterios subjetivos, es decir, cómo es percibido el grupo por sí mismo o por la sociedad, la jurisprudencia internacional ha descartado que sean suficientes para determinar solo en base a ellos la existencia de uno de los grupos

---

<sup>20</sup> WERLE, cit., p. 419.

<sup>21</sup> WERLE, cit., pp. 419 a 423.

<sup>22</sup> WERLE, cit., p. 420.

protegidos por el tipo,<sup>23</sup> si bien también deben tenerse en cuenta, ya que no existe una definición inequívoca de cada grupo protegido sino que *el grupo es una construcción social y, por tanto, sus propiedades deben determinarse en función de cada contexto de vida socio-cultural.*<sup>24</sup> En consecuencia, WERLE se posiciona a favor de un *enfoque subjetivo con correcciones objetivas*, y opina que *deben tomarse en consideración sólo aquellas atribuciones sociales que muestran a una pluralidad de personas como grupo nacional, étnico, racial o religioso como dimensión perceptible,*<sup>25</sup> postura que nos parece muy acertada, ya que supera el inconveniente de descartar los grupos que no pueden diferenciarse sobre la base exclusiva de criterios objetivos a la vez que establece como límite que, en cualquier caso, el grupo deberá encajar en uno de los del tipo, respetando así la definición del delito de genocidio.

ii. *Especial consideración de los grupos políticos*

El concepto que más controversia ha suscitado es el de grupo nacional y la posibilidad de incluir o no en el mismo a los grupos políticos. Como ya hemos explicado, estos grupos quedaron excluidos del Estatuto de la CPI, pero en España, a raíz de los casos Pinochet (Chile) y Scilingo (Argentina), se produjo una división en la doctrina respecto de la conveniencia de incluir o no a dichos grupos.

Por un lado, partidarios de una interpretación amplia del delito opinan que los grupos políticos sí que tienen cabida dentro de “grupo nacional”. Esta interpretación la encontramos en el Auto de la Audiencia Nacional (en adelante, AAN) sobre el caso Pinochet:<sup>26</sup>

*Estos hechos imputados constituyen delito de genocidio. Sabemos por qué en el Convenio de 1948 no aparece el término "político" o las voces "u otros" cuando relaciona en el artículo 2 las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio.*

---

<sup>23</sup>TPIY, Prosecutor v. Milomir Stakic, Judgement, IT-97-24, 22 March 2006 pfo. 25: *si bien en el juicio de Rutaganda los conceptos de grupo nacional, étnico, racial e identidad religiosa fueron identificados como subjetivos, sugiriendo que los actos constituirían genocidio siempre que el agresor perciba a la víctima como perteneciente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, también se sostuvo que una definición exclusivamente subjetiva no es suficiente para determinar grupos de víctimas de acuerdo con la Convención sobre el Genocidio.*

<sup>24</sup> WERLE, cit., p. 421.

<sup>25</sup> WERLE, cit., p. 422.

<sup>26</sup> AAN n. 173/1998, de 5 de noviembre.

*Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. Cualesquiera que fueran las intenciones de los redactores del texto, el Convenio cobra vida a virtud de las sucesivas firmas y adhesiones al tratado por parte de miembros de Naciones Unidas que compartían la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a sancionar. El artículo 137 bis del Código Penal español derogado y el artículo 607 del actual Código Penal, nutridos de la preocupación mundial que fundamentó el Convenio de 1948, no pueden excluir de su tipificación hechos como los imputados en esta causa. El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos "grupo nacional" no signifiquen "grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación", sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor.*

El juez viene a decir que, a pesar de que los grupos políticos no fueron incluidos entre los grupos protegidos en la redacción de la Convención de 1948, sería contrario al espíritu de esta no sancionar como delito de genocidio los hechos ocurridos en Chile. A mi parecer, lo que el Juez quería evitar es que estos hechos quedaran impunes y, dado que el crimen de lesa humanidad en el momento de enjuiciamiento de los hechos no estaba aún incorporado en nuestro Código Penal (lo estaría a partir de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre que introdujo el art.607 bis), se inclinó por una interpretación amplia del concepto de grupo nacional en el que se incluyeran los grupos políticos.

Por otro lado, encontramos una interpretación estricta, que considera que los grupos políticos no quedan englobados en los grupos protegidos del art. 607 CP. Atendiendo a la jurisprudencia, en la Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN) sobre el caso Scilingo,<sup>27</sup> se excluye a los grupos políticos del concepto del grupo nacional por no ser grupos estables en sí mismos:

*La Sala rechaza la calificación propuesta de delito de genocidio, si bien con los matices que a continuación se verán. En el momento actual, y recalcamos que se trata del momento actual, en atención a los hechos que estrictamente se consideran probados, éstos no se ajustan al tipo de genocidio previsto en el art. 607 del Código Penal. Entre los elementos definidores del tipo penal están el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, sin incluirse a los grupos no estables en sí mismos como tales grupos, lo que excluiría específicamente a los grupos políticos.*

---

<sup>27</sup> SAN n. 16/2005, de 19 abril.

En otra sentencia sobre el mismo caso,<sup>28</sup> el TS sostuvo que la literalidad del art.607 impide incluir a los grupos políticos, pues considera que la voluntad del legislador a la hora de redactar el precepto fue la de enumerar una lista exhaustiva:

*Sin embargo, es el texto literal del precepto el que impide que el grupo protegido se identifique sin tener en cuenta uno de los aspectos típicos. La ausencia de una cláusula de cierre o una expresión similar resulta fuertemente indicativa de que no se enumeran a título simplemente ejemplificativo. El derecho comparado demuestra que las legislaciones que han querido incorporarlo lo han hecho expresamente, caso del derecho francés, dentro de los países de nuestro entorno. Es evidente que la realidad puede incorporar a la identificación del grupo, desde la perspectiva del autor, otros elementos distintos, pero es ineludible la consideración, desde un punto de vista objetivo, de alguno de los que aparecen en el precepto, lo que hace que los demás resulten irrelevantes a efectos de la tipicidad.*

Además, en esta sentencia el TS se decanta por una interpretación especialmente estricta y restringida del delito, habida cuenta de la incorporación al Código Penal del delito de lesa humanidad, de carácter más amplio, lo cual obliga a reinterpretar el delito de genocidio. Por tanto, siguiendo esta línea, en el caso de que se realizara una de las conductas típicas del genocidio y existiera el propósito de extinguir total o parcialmente un grupo que, sin embargo, solo tuvieran como característica común su filiación política, estaríamos ante un delito contra la humanidad.

Nosotros somos partidarios de la no inclusión de los grupos políticos entre los grupos protegidos por el tipo, por considerar que la lista de los grupos enumerados en el mismo es exhaustiva, ya que no incluye ninguna expresión que permita deducir lo contrario; por no ser grupos estables y permanentes como sí lo son los enumerados en el tipo – pues la filiación política no es un rasgo que caracterice a las personas desde su nacimiento – y, por último, porque opinamos que el debate carece que importancia práctica desde la introducción de los delitos de lesa humanidad en nuestro ordenamiento penal que incluye como sujeto pasivo, entre otros, a *un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos* en el art.607 bis del CP.

---

<sup>28</sup> STS n.798/2007, de 1 de octubre.

## D. TIPO OBJETIVO

### a. *Conductas típicas y clases de genocidio*

Los actos en los que se concreta el delito de genocidio los encontramos en el Código Penal, en los apartados 1º al 5º del art.607.1:

- Matar a un miembro del grupo.
- Agredir sexualmente a un miembro del grupo o causar una de las lesiones previstas en el art. 149 CP (pérdida de inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una deformidad grave o cualquier mutilación genital).
- Someter al grupo o a cualquiera de sus miembros a condiciones de existencia que hagan peligrar su vida o perturben su salud gravemente, o producir una de las lesiones previstas en el art. 150 CP (aquellas que causen la pérdida o inutilidad de un órgano no principal o la deformidad).
- Desplazar forzosamente al grupo o a sus miembros o adoptar cualquier medida tendente a impedir su género de vida o reproducción o trasladar forzosamente a individuos de un grupo a otro.
- Causar a alguno de los individuos que conforman el grupo una lesión distinta de las anteriores.

La doctrina ha distinguido entre dos grupos de conductas típicas, genocidio físico y genocidio biológico (también llamado en ocasiones genocidio moral<sup>29</sup>). Dentro del primero encontramos las conductas dirigidas a la destrucción de la vida y ataques a la integridad física (como la muerte, las lesiones o el sometimiento a condiciones de existencia que pongan en peligro la vida de las personas), y dentro del segundo aquellas conductas que buscan la extinción del grupo, que no lo destruyen directamente pero que buscan su desaparición (como por ejemplo mediante medidas que impidan la reproducción dentro del grupo). Se ha hablado también de una tercera categoría, la de genocidio cultural, a través del traslado forzoso de niños de su grupo a otro grupo.<sup>30</sup> Es fácil pensar que el traslado de las nuevas generaciones a otros grupos haría que las mismas

---

<sup>29</sup> SÁNCHEZ MELGAR, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Madrid, 2016, p. 3510.

<sup>30</sup> WERLE, cit., p. 433.

perdieran los rasgos que las hacían pertenecientes al grupo del que formaban parte cuando nacieron y ello resultaría en la desaparición del grupo. En la elaboración de la Convención de 1948 se debatió la posibilidad de incluir otros supuestos que hubieran constituido supuestos de genocidio cultural – entendido como *la destrucción de las cualidades específicas de un grupo, como, por ejemplo, su idioma o su acervo cultural*<sup>31</sup> – pero finalmente solo se incluyó la modalidad del traslado forzoso de niños a otro grupo.

Cabe notar que nuestro CP ha incluido modalidades de comisión no contempladas por la Convención de 1948. Por un lado, el traslado forzoso del grupo o sus miembros y el de individuos de su grupo a otro (art.607.1.4º). Es decir, no se limita al traslado de niños, sino a todas las personas con independencia de su edad. En opinión de GIL GIL la primera inclusión no resulta acertada por no conllevar la destrucción del grupo, que seguirá existiendo allá donde sea trasladado, mientras que la segunda podría acogerse mediante *una interpretación restrictiva que enmarque este supuesto en la modalidad de genocidio biológico*,<sup>32</sup> es decir, considerándolo como una medida destinada a impedir los nacimientos dentro del grupo.

Por otro lado, en el mismo apartado, también se castigan las medidas que tiendan a impedir el género de vida. Algunos autores han considerado que esta modalidad constituiría un genocidio cultural si las medidas llevadas a cabo suponen un atentado contra los valores del grupo que le dan cohesión y razón de ser.<sup>33</sup> En opinión de GIL GIL este supuesto estaría limitado *a los casos de la práctica y enseñanza de la religión por un grupo religioso, ya que es el único que se define exclusivamente mediante un rasgo cultural*.<sup>34</sup>

#### *b. El autogenocidio*

El autogenocidio, que, como su nombre indica, sería la matanza de miembros del mismo grupo nacional, étnico, racial o religioso al que pertenece el autor, no queda integrado en el tipo penal del genocidio a juicio de la doctrina mayoritaria. A favor de incluir el autogenocidio, el juez Baltasar Garzón, en su calificación como genocidio de los hechos

---

<sup>31</sup> WERLE, cit., p. 434.

<sup>32</sup> GIL GIL *Derecho Penal Internacional*, cit., p.223.

<sup>33</sup> GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, cit., p. 224.

<sup>34</sup> GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, cit., p. 226.

cometidos durante la dictadura argentina, en el Auto de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 1998 se posicionó a favor de la idea de que en el concepto nacional tienen cabida los supuestos de autogenocidio, considerando que tal definición no deja fuera los supuestos en que las víctimas del delito forman parte del propio grupo transgresor. En nuestra opinión, el autogenocidio no tiene cabida dentro del tipo y nos posicionamos en el sentido de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005, que afirmó que *La destrucción parcial de un grupo nacional no es equivalente ni debe abarcar el “autogenocidio”, es decir, la destrucción parcial del grupo nacional, aunque puedan existir “subgrupos” diferenciados por la ideología.* En el mismo sentido que esta resolución y que GIL GIL,<sup>35</sup> opinamos que, dado que dentro de una misma nación conviven grupos con distintas culturas, ideologías, etc. (en el concreto caso argentino, un grupo opuesto a un régimen dictatorial), el propósito de erradicar uno de los grupos no implica el de erradicar un grupo nacional, sino uno de los grupos que conforman la misma nación a la que pertenece el transgresor, un subgrupo dentro de una misma nación. Por tanto, el exterminio de personas de una misma nacionalidad constituiría un crimen contra la humanidad, pero no un autogenocidio, ya que la intención no es la de acabar con el mismo grupo al que pertenece el transgresor sino con un grupo diferente al suyo, aunque integrado en la misma nación.

#### E. TIPO SUBJETIVO

Para que las acciones del art.607 CP constituyan un delito de genocidio, deben llevarse a cabo de forma dolosa, con el *propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes.* Por tanto, por un lado, debe existir el elemento subjetivo propio de cada conducta enumerada en el tipo; y, por otro, el específico del delito de genocidio, como es el de destruir, exterminar total o parcialmente el grupo. Se discute en la doctrina si el dolo referido al logro de la destrucción del grupo que se requiere es el dolo directo (la voluntad directa de exterminar el grupo) o si el dolo eventual (la conciencia de que los actos llevados a cabo pueden resultar en el exterminio del grupo y la aceptación de este hecho)

---

<sup>35</sup> GIL GIL *Derecho penal internacional*, cit., pp 182 a 185.

es suficiente. Tradicionalmente la mayoría de la doctrina ha exigido que el sujeto tenga el propósito directo de destruir el grupo, excluyendo así el dolo eventual.

En la jurisprudencia internacional se ha hablado de una intención especial o específica (*dolus specialis*), que se concreta en la necesidad de que quede acreditado que la intención del autor era producir un genocidio. Así, por ejemplo, según el TPIR,<sup>36</sup> el delito de genocidio es único porque requiere un *dolo especial, elemento constitutivo del crimen que exige que el criminal haya claramente buscado provocar el resultado incriminado*. En la jurisprudencia de nuestro país, en el mismo sentido, el AAN n. 410/2015, de 24 de septiembre, establece que el delito de genocidio requiere un elemento de intención especial *consistente en el propósito de destruir, total o parcialmente uno de los grupos protegidos...éste es el elemento que distingue el genocidio de los demás crímenes contra la Humanidad”*.

Sin embargo, algunas decisiones han admitido que bastaba con que los partícipes en el delito fueran conocedores de que el autor principal actuaba con el objetivo de destruir el grupo<sup>37</sup> y algunas voces, en el mismo sentido, opinan que los autores directos pueden responder del delito de genocidio, aunque no actúen con la intención de exterminar el grupo bastando que la intención equivalente al dolo de primer grado la tenga el líder de la campaña dirigida a la destrucción del grupo. GIL GIL se inclina por la idea de que basta un elemento volitivo “débil” para integrar la intención de destruir al grupo en relación con todos intervinientes – ya sean estos considerados autores o partícipes – y ocupen el lugar que ocupen en la jerarquía de la organización,<sup>38</sup> rechazando, por tanto, la exigencia del dolo de primer grado, y afirmando que basta la aceptación del resultado de destrucción del grupo como consecuencia de las conductas llevadas a cabo para condenar los hechos como constitutivos del delito de genocidio.

En nuestra opinión, la exigencia del tipo de llevar a cabo las conductas enumeradas en el art.607 CP con el propósito de destruir total o parcialmente el grupo es difícilmente compatible con la admisión de que basta la aceptación del resultado, es decir, que el dolo eventual es suficiente, pues la palabra *propósito* claramente indica la necesidad de que el autor tenga la intención de destruir total o parcialmente el grupo protegido. Sin embargo, nos encontramos con el problema de que, habida cuenta de que el delito de genocidio es

---

<sup>36</sup> TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayezu, Judgement, ICTR-96-4-T, pfo. 495.

<sup>37</sup> TPIY, Prosecutor v. Krstic, Judgement, IT-98-33-A, pfo. 140.

<sup>38</sup> GÓMEZ TOMILLO, JAVATO MARTÍN y otros, cit., pp. 759 y 760.



llevado a cabo a través de un plan en el que varias personas actúan con el fin de exterminar un grupo parcialmente o en su totalidad, existirá en dicha colectividad uno o varios líderes que actúen como autores principales y que tengan como propósito la destrucción del grupo y se sirvan de otras personas constituidas como partícipes de diversas clases que puede que no quieran directamente el resultado pero actúen conociéndolo y aceptándolo y que, por ello, no podrían ser juzgados como autores del delito si se acepta que es necesario que el delito se haya producido con dolo directo. A pesar de ello, opinamos que la palabra *propósito* no deja lugar a dudas respecto de la exigencia de un dolo de primer grado, nos posicionamos a favor de la doctrina mayoritaria que rechaza el dolo eventual, por lo que, en caso de no quedar claro que el sujeto actuara con el fin de eliminar el grupo protegido, entendemos que los hechos no podrían ser considerados constitutivos de delito de genocidio.

Debemos precisar que la intención especial de destruir el grupo no constituye el móvil del delito, y es que las razones por las que se actúe carecen de relevancia. En palabras del TS sobre el caso Scilingo:<sup>39</sup>

*Las motivaciones concretas de cada uno de los autores, o de éstos en su conjunto, para la ejecución de la conducta resultan irrelevantes, pues lo decisivo es la identificación del grupo y la voluntad final de destrucción del mismo. Dicho de otra forma, es intrascendente que las razones de exterminar un grupo nacional, étnico, racial o religioso sean nacionales, étnicas, raciales o religiosas o sean cualesquiera otras diferentes; lo que importa es que el grupo se identifique y se diferencie de otros por razones nacionales, étnicas, raciales o religiosas, y que los individuos sean perseguidos por su pertenencia real o aparente a tal grupo, con la finalidad de lograr la destrucción del mismo.*

Finalmente, cabe señalar que a pesar de que los genocidios suelen asociarse con una masacre (desgraciadamente esto es lo que han producido los que han tenido lugar a lo largo de la Historia), la matanza de un gran número de personas no tiene por qué constituir un genocidio. Esto es así porque si los actos llevados a cabo no tenían como fin el exterminio total o parcial de uno de los grupos protegidos por el tipo, faltando el dolo específico, no estaremos ante un genocidio sino ante una de las conductas tipificadas

---

<sup>39</sup> STS n.798/2007, de 1 de octubre.

como delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales (homicidio, lesiones, etc.) o, según el caso, puede que quepa la calificación alternativa como delito de lesa humanidad, pues precisamente uno de los elementos diferenciadores de ambos crímenes internacionales es que en este las conductas no se llevan a cabo con la intención de exterminar un grupo concreto sino que se cometen *como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella* (art. 607 bis CP).

Por tanto, en el genocidio el elemento cuantitativo pierde su importancia a favor del dolo específico a la hora de determinar si un hecho es constitutivo o no de genocidio. En palabras de GIL GIL *basta una sola muerte – o cualquier otro de los resultados descritos – cometida con la intención de destruir al grupo para que el delito quede consumado.*<sup>40</sup> La expresión *con intención de destruir total o parcialmente* hace referencia al elemento subjetivo y no al resultado objetivo que el tipo exige para que se produzca la consumación del delito.

#### F. IMPRESCRIPTIBILIDAD

De acuerdo con el art. 131.3 y 133.2 CP, el delito de genocidio y las penas aparejadas al mismo no prescriben. En el mismo sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968, establece la no prescripción del genocidio (art. I) ni de su pena (art. IV).

#### G. CUESTIONES CONCURSALES

En el caso de repetición de una de las modalidades de comisión, por ejemplo, el homicidio de varios miembros del grupo, la doctrina está de acuerdo en que se produce un solo delito de genocidio. Como hemos dicho, un solo homicidio podría ser calificado como delito de genocidio si se dan el resto de los requisitos del tipo, pero considerar que la producción de más de una muerte constituye otros tantos delitos de genocidio desvirtuaría este delito. Para el caso en que se cometa una pluralidad de actos constitutivos de diversas modalidades de genocidio, por ejemplo, homicidio, agresiones sexuales y lesiones, se

---

<sup>40</sup> GIL GIL *El genocidio y otros crímenes internacionales*, cit.

considera que seguimos estando ante un solo delito de genocidio. Por tanto, en ambos casos se produce unidad de hecho.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> GÓMEZ TOMILLO, JAVATO MARTÍN y otros, cit., pp. 760 y 761; WERLE, cit., pp. 454 y 455.

## CAPÍTULO III: EL CASO TÍBET

### A. HISTORIA DEL TÍBET DESDE EL SIGLO XX

Históricamente el Tíbet ha sido un territorio sometido y “sorteado” entre Estados. Durante siglos, las relaciones entre China y el Tíbet han sido ambiguas, gozando el segundo de diferentes grados de independencia respecto de la primera, pero sin llegar nunca a ser reconocido como Estado independiente, ni por China ni por la Comunidad Internacional. A día de hoy su estatus jurídico es el de Región Autónoma perteneciente a la República Popular China.

En 1904 China mantenía dos mil soldados en el Tíbet cuando Gran Bretaña invadió Lhasa (capital del Tíbet) con el fin de conseguir la apertura de la frontera entre la India, entonces colonia inglesa, y el Tíbet, lo que provocó el exilio del Dalái Lama (líder político y espiritual de los tibetanos) a Mongolia, quedando los británicos al frente del gobierno. Sin embargo, en 1907 el territorio pasaría a las manos de China en virtud de un tratado firmado entre Gran Bretaña, Rusia y China por el cual se concedía a esta la soberanía sobre el territorio.<sup>42</sup>

En 1911 cayó la dinastía manchú en China y en 1912 se proclamó la República de China. Los soldados chinos fueron expulsados del Tíbet y el Dalái Lama reestableció el control sobre el Tíbet y proclamó su independencia. No obstante, el entonces presidente de la República de China no cedió a renunciar a la autoridad del país sobre el Tíbet y proclamó en el mismo año que este sería considerado como provincia china. El Tíbet siguió resistiéndose a la invasión y en 1913 se celebró una conferencia tripartita en la que participaron ambos territorios y Gran Bretaña para determinar la posición jurídica del Tíbet. Fruto de la conferencia, en 1914, se redactó el Convenio de Simla que, sin embargo, nunca llegó a ser ratificado por China. Mediante este convenio se dividía al Tíbet en el “Tíbet Exterior” – correspondiente a la provincia de Ü-Tsang y el oeste de la provincia de Kham – y el “Tíbet Interior” – equivalente a la provincia de Amdo y al este de Kham –. Al primer territorio se le reconocía su propia autonomía, pero quedaría bajo la suzeranía de China que no podría, sin embargo, intervenir en la administración del territorio. El

---

<sup>42</sup> COMITÉ DE ENCUESTA JURÍDICA SOBRE EL TÍBET, *La cuestión del Tíbet y el Imperio de la Ley*, CIJ, Ginebra, 1959, p. 80.

segundo territorio quedaría bajo la jurisdicción china. Dado que esta era la única reivindicación territorial de China sobre el Tíbet que Gran Bretaña estaba dispuesta a reconocer y la primera se negó a firmar el Convenio, el Tíbet y Gran Bretaña acordaron negar que el Tíbet formaba parte de China.<sup>43</sup>

Entre 1912 y 1950 el Tíbet reunía todas las características para ser considerado un Estado independiente de acuerdo con lo que el Derecho Internacional Público exige para reconocer a un Estado como tal. Es decir, en el tiempo comprendido entre dichos años, el Tíbet contaba con un territorio – en la meseta tibetana, con una altura promedio de 4.000 metros por encima del nivel del mar, y por ello conocida como “el techo del mundo”, entre la cordillera del Himalaya y las montañas de Karakorum y Dangla y con capital en Lhasa–; una población – formada por aproximadamente 6 millones de personas que compartían una lengua, una historia y una identidad cultural propias y distintas a las de China y de cualquier otro país –; y un gobierno<sup>44</sup> que ejercía su autoridad sobre el territorio y actuaba libre de subordinación en sus asuntos internos – el Tíbet contaba con moneda y sellos de correos propios, un sistema tributario, un ejército, derechos de aduana, y era liderado por el Dalai Lama, la máxima autoridad en la toma de cualquier decisión religiosa o civil, que era asistido por un consejero personal y un consejo de ministros o *Kashag* –. Finalmente, dicho gobierno dirigía sus propias relaciones internacionales<sup>45</sup>.

Tras el final de la Guerra Civil china (1927-1949) entre el Partido Nacionalista Chino y el Partido Comunista Chino, Mao Tse-Tung proclamó la creación de la República Popular China (en adelante, RPC) y en 1950 el Ejército Popular de Liberación (en adelante, EPL)

---

<sup>43</sup> COMITÉ DE ENCUESTA JURÍDICA SOBRE EL TÍBET, *La cuestión del Tíbet y el Imperio de la Ley*, cit, p. 100.

<sup>44</sup> Llamado Gobierno Local del Tíbet y declarado disuelto por el Consejo de Ministros de la República Popular de China en marzo de 1959.

<sup>45</sup> Sobre la autoridad del gobierno del Tíbet en sus asuntos externos, encontramos en el informe presentado por el Comité de Encuesta Jurídica sobre el Tíbet una recopilación de hechos a razón de los cuales el Comité afirma que entre 1913 y 1950 *las relaciones internacionales del Tíbet fueron ejercidas exclusivamente por el Gobierno Tibetano y se demuestra por documentos oficiales que los países con los cuales el Tíbet mantuvo relaciones internacionales le consideraron como estado soberano*. Prueba de ello son, entre otros, la firma de un Tratado en 1913 entre el Tíbet y Nepal por el que ambos reconocían recíprocamente su independencia; el hecho de que durante la Conferencia de Simla el Tíbet estuviera presente como plenipotenciario participando en aquella con los mismos derechos que China y Gran Bretaña, la afirmación del Tíbet en 1942 de que permanecería neutral en la guerra de China contra Japón, o la participación de una Misión tibetana como país independiente en la Conferencia Asiática que tuvo lugar en Nueva Delhi en 1947 (COMITÉ DE ENCUESTA JURÍDICA SOBRE EL TÍBET, *El Tíbet y la República Popular de China*, CIJ, Ginebra, 1960, pp. 6 y 153 a 171).

invadió el Tíbet, siendo el ejército tibetano derrotado de forma decisiva.<sup>46</sup> Comenzó así la campaña de Pekín para integrar el Tíbet en la República Popular China. Tras una fallida apelación a las Naciones Unidas, el Tíbet cedió a la ocupación y el Dalái Lama abandonó Lhasa y estableció temporalmente su Gobierno cerca de la frontera tibetana con la India.

El 23 de mayo de 1951 se firmó el Acuerdo sobre Medidas para la Liberación Pacífica del Tíbet, conocido como el Acuerdo de los 17 puntos, en Pekín, y veinte mil efectivos chinos ocuparon Lhasa. Mediante la firma de este Acuerdo el Tíbet renunciaba a su independencia, cediendo su soberanía a China, pero preservando su autonomía religiosa y política y manteniendo el Dalái Lama y su gobierno los poderes de los que entonces gozaban, a excepción de aquellos relativos a la defensa – que sería asumida por China debiendo el Gobierno Local Tibetano ayudar *activamente al EPL para que penetrara en el Tíbet y consolidara las defensas nacionales*<sup>47</sup> – y a las relaciones exteriores, que pasarían a ser gestionadas por el Gobierno Popular Central.

Sin embargo, el Acuerdo sería ampliamente violado por la RPC. Como comprobó y manifestó el Comité de Encuesta Jurídica sobre el Tíbet en el Informe presentado a la Comisión Internacional de Juristas (en adelante, CIJ) en 1960, las acciones llevadas a cabo por la RPC fueron contrarias a lo establecido en el articulado del Acuerdo. A modo de ejemplo, se alteró el sistema político vigente en el Tíbet, minando las funciones y poderes del Dalai Lama, no se respetó la libertad de creencia, se arremetió contra el sistema monástico – *eje de la vida religiosa, económica y cultural del Tíbet* –,<sup>48</sup> se llevaron a cabo acciones de adoctrinamiento mediante el empleo de la violencia, se explotaron los recursos del territorio dejando que el hambre se abriera paso entre la población, etc. El incumplimiento de las promesas por parte de China supuso, según el Comité, que el Tíbet tuviera derecho a repudiar el Acuerdo. Pero no solo se incumplió de forma flagrante los términos de este, sino que se produjeron graves atentados contra los Derechos Humanos del pueblo tibetano y se cometieron crímenes contra la vida, torturas y desapariciones, entre otros.

---

<sup>46</sup> MOLTÓ ESTEVE y RAMÓN CHORNET, *El Status jurídico internacional del Tíbet en el 50º aniversario del Acuerdo Chino-Tibetano de 1951*, 2001, p.176 [http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21283/1/ADI\\_XVII\\_2001\\_07.pdf](http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21283/1/ADI_XVII_2001_07.pdf)

<sup>47</sup> Art.2 del Acuerdo sobre Medidas para la Liberación Pacífica del Tíbet

<sup>48</sup> MOLTÓ ESTEVE y RAMÓN CHORNET, *El Status jurídico internacional del Tíbet en el 50º aniversario del Acuerdo Chino-Tibetano de 1951*, 2001, p.182 [http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21283/1/ADI\\_XVII\\_2001\\_07.pdf](http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21283/1/ADI_XVII_2001_07.pdf)

El 10 de marzo de 1959 – conocido como el Día del Levantamiento Nacional Tibetano – el *Kashag* proclamó en Lhasa la independencia del Tíbet, el pueblo tibetano se sublevó y en respuesta encontró una fuerte represión del ejército chino, que se cobró alrededor de 90.000 vidas solo en Lhasa. Ante esta situación, el Dalai Lama huyó con su séquito a la India, donde obtuvieron asilo político, y en junio del mismo año denunció públicamente el Acuerdo de los 17 Puntos acusando a China de estar acabando con la religión y la cultura tibetana.<sup>49</sup> En 1963 la RPC declara la creación de la Región Autónoma del Tíbet y comienza a transferir población china al Tíbet a gran escala, con el objetivo de “colonizar” el territorio. Durante la Revolución Cultural china (1966-1976) miles de monasterios y lugares históricos tibetanos fueron destruidos y miles de monjes fueron asesinados. Además, se prohibió la enseñanza de la religión en las escuelas y mostrar en público imágenes del Dalái Lama.

En 1987 el Dalái Lama presentó ante el Congreso de Estados Unidos el “Plan de paz de cinco puntos para el Tíbet” en busca de llegar a un acuerdo con la RPC que acabara con el conflicto. En la propuesta, entre otros, se pedía el respeto a los derechos humanos del pueblo tibetano, el cese de la transferencia de población china y la restauración de la integridad territorial al Tíbet. Por otro lado, se cedía a la RPC la competencia de las relaciones internacionales del Tíbet y se aceptaba que aquella mantuviera en este algunas instalaciones militares hasta que el Tíbet se convirtiera en una zona de paz. Sin embargo, China hizo caso omiso.

En 1989, tras días de disturbios en Lhasa que se cobraron la vida de varios tibetanos, la RPC decretó la Ley marcial, la cual prohibía manifestaciones y otras formas de reunión, así como las congregaciones religiosas en los templos.

En 1994 se celebró el III Foro de trabajo sobre el Tíbet, en el que se declaró una política de asimilación para desarrollar los modelos social, económico y político chinos en el Tíbet, mediante la aplicación de la “Campaña golpes duros en el Tíbet”.

Durante el siglo XXI nada ha cambiado, el gobierno del Tíbet en el exilio ha seguido pidiendo en varias ocasiones que se respete la autonomía del territorio, incluso renunciando a la independencia del Tíbet, pero sin éxito. En marzo de 2008, año de celebración de los Juegos Olímpicos en Pekín, tuvieron lugar los peores disturbios

---

<sup>49</sup> COMITÉ DE ENCUESTA JURÍDICA SOBRE EL TÍBET, *La cuestión del Tíbet y el Imperio de la Ley*, cit., p.6 y ss.

acaecidos en Lhasa desde hacía veinte años, que resultaron en varias víctimas mortales. A pesar de que algunos países occidentales amenazaron con no acudir a los Juegos Olímpicos si China no dialogaba con el Tíbet, finalmente el evento se celebró con normalidad.<sup>50</sup>

En 2009 comenzó una ola de inmolaciones a lo bonzo de tibetanos como forma de protesta y desde entonces se han producido más de 100 acciones de este tipo para llamar la atención sobre la situación que vive el Tíbet. El Dalái Lama, que ha denunciado en varias ocasiones que el Tíbet está sufriendo un genocidio cultural, renunció en 2011 a su cargo como líder político de los tibetanos, pasando a ser solo líder espiritual.

## B. REACCIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Tras la derrota del ejército tibetano y la ocupación del Tíbet por el Ejército Popular de Liberación, el 7 de noviembre de 1950 el Gobierno Tibetano apeló a las Naciones Unidas acusando al Gobierno chino de agresión y reclamando su independencia. La Delegación de El Salvador respondió al pedido, solicitando un debate sobre el Tíbet en la Asamblea General de las Naciones Unidas y proponiendo un proyecto de resolución en el que el Gobierno de Pekín fuera condenado<sup>51</sup>. El debate, sin embargo, fue pospuesto *sine die*. Gran Bretaña y la India, máximos interesados en el asunto, retiraron su apoyo, alegando el primero que la posición jurídica del Tíbet no estaba suficientemente definida y el segundo que confiaba en que el conflicto podría resolverse de forma pacífica a través de negociaciones entre los protagonistas del asunto. Estados Unidos, a pesar de ser partidario del derecho de autodeterminación del Tíbet, tampoco defendió la causa de este.

En 1959 la Comisión Internacional de Juristas (CIJ)<sup>52</sup>, en vista de los acontecimientos acaecidos en el Tíbet, estimó necesario investigar la situación mediante el estudio de diferentes materiales y testimonios, lo que dio lugar a la publicación de un Informe preliminar (pues adelantaba que las conclusiones definitivas y recomendaciones sobre el

---

<sup>50</sup> PRADO-FONTS, *Tíbet 2008: narrativas en conflicto, escenario global*, Universitat Oberta de Catalunya, 2008.

<sup>51</sup> UN Doc. A/1534, *Invasion of Tibet by foreign forces. El Salvador: draft resolution*, 18 November 1950.

<sup>52</sup> La Comisión Internacional de Juristas es una organización no gubernamental, con sede en Ginebra, formada por sesenta juristas veteranos y de distintas nacionalidades. Tiene carácter de entidad consultiva ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la UNESCO, el Consejo de Europa y la Unión Africana, y su fin es promover los derechos humanos y el imperio de la Ley.



asunto serían formuladas en un futuro informe) sobre el Tíbet llamado *La cuestión del Tíbet y el Imperio de la Ley*. Este Informe llegó a la conclusión de que *prima facie* se habían cometido actos de genocidio en el Tíbet de acuerdo con el art. II apartados a) – *Matanza de miembros del grupo* – y e) – *Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo* – de la Convención de 1948, habiendo actuado China con la intención de *destruir, total o parcialmente, a los tibetanos como nación aparte y a la religión budista en el Tíbet*.<sup>53</sup> Por ello, la Comisión pidió a las Naciones Unidas que prestara atención al asunto y tomara las medidas necesarias con el fin de evitar que una aparente tentativa de genocidio llegara a convertirse en un genocidio efectivo.

Ese mismo año se denunció ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, por primera vez en la historia, la comisión de actos de genocidio por parte de un Estado. En el debate, El Salvador, Malasia, Cuba y los Países Bajos acusaron a China de haber cometido tales actos en el Tíbet<sup>54</sup>. Sin embargo, la Asamblea General en la *Resolución 1353 (XIV) Cuestión del Tíbet* que aprobó tras el debate general no hizo alusión alguna al delito, sino que se limitó a mostrarse gravemente preocupada tras los informes recibidos del Dalai Lama en los que se denunciaba la privación al pueblo tibetano de sus derechos y libertades fundamentales, y pedía el respeto de estos y del legado cultural y religioso peculiar del pueblo tibetano y de la autonomía de la que ha gozado tradicionalmente. China no tardó en reaccionar a esta Resolución, que calificó de farsa y de ilegal.

En 1960 la CIJ publicó el segundo informe, presentado por el Comité de Encuesta Jurídica sobre el Tíbet, titulado *El Tíbet y la República Popular China*. A invitación de la CIJ un grupo de renombrados juristas había formado un comité independiente para llevar a cabo una investigación jurídica y objetiva de los hechos ocurridos en el Tíbet desde 1951. Basándose en una minuciosa relación de acontecimientos y testimonios el comité llegó a la conclusión de que el pueblo tibetano había sido víctima de un genocidio. Concretamente, afirmó que los actos llevados a cabo contra los tibetanos habían sido perpetrados con la intención de destruir a los integrantes de dicho pueblo como grupo religioso, a los budistas tibetanos. Los cuatro hechos principales que llevaron a tal afirmación fueron, en palabras del informe, los siguientes:<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> COMITÉ DE ENCUESTA JURÍDICA SOBRE EL TÍBET, *La cuestión del Tíbet y el Imperio de la Ley*, cit., p. 77

<sup>54</sup> SCHABAS, *Genocide in International Law. The crime of crimes*, Cambridge, 2000, p. 454.

<sup>55</sup> COMITÉ DE ENCUESTA JURÍDICA SOBRE EL TÍBET, *El Tíbet y la República Popular de China*, cit., p.3

- a) *Los chinos no permiten en el Tíbet ni la adhesión al budismo ni su práctica.*
- b) *Se proponen extirpar, de forma sistemática, esta religión del Tíbet.*
- c) *En prosecución de su propósito han asesinado a personalidades religiosas porque su fe y la práctica de ella eran incentivo y ejemplo para los demás.*
- d) *Por la fuerza han trasladado a un sinnúmero de niños tibetanos a un ambiente chino materialista, a fin de apartarlos de una educación religiosa.*

En consecuencia, los actos cometidos con el fin de exterminar al grupo religioso eran constitutivos de un delito de genocidio cometido a través de métodos contemplados en el artículo II de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, concretamente en las letras a) y e).

El Comité descartó, sin embargo, que hubiera pruebas suficientes para poder afirmar que se hubiera producido una violación del derecho a la existencia de los tibetanos como grupo nacional, étnico o racial.

Tras la resolución de la Asamblea General de 1959, cuyo contenido, resultó insatisfactorio para los tibetanos, se emprendieron ante las Naciones Unidas nuevas gestiones que dieron lugar a la *Resolución número 1723 (XVI) Cuestión del Tíbet* en 1961. Este pronunciamiento, de contenido similar al que había tenido lugar dos años antes, reconocía, como novedad, el derecho a la autodeterminación del pueblo tibetano.

En 1965 la Asamblea General aprobó una nueva Resolución, la número 2079 (XX), pronunciándose por tercera vez sobre el asunto, y en la que reafirmó sus dos resoluciones anteriores sobre la Cuestión del Tíbet y, una vez más, expresa su preocupación por la continua violación de los derechos y libertades fundamentales de los tibetanos y la supresión de su identidad cultural y religiosa.

Las tres resoluciones de la Asamblea General sobre el asunto, y que han sido las únicas que se han aprobado en relación con el mismo hasta el momento, se limitaron a condenar la violación de derechos y libertades, pero sin entrar en la cuestión del genocidio o del estatus del Tíbet. En 1991 la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías emitió una nueva resolución, de contenido muy similar al de las resoluciones de la Asamblea.

La CIJ publicó un tercer informe en 1997: *Tíbet: Derechos Humanos y el Imperio de la Ley*. Este nuevo informe, en lugar de tratar el delito de genocidio, que ya había sido

afirmado por el informe de 1960, se centró en denunciar que la represión del Gobierno chino en el Tíbet había aumentado considerablemente desde el III Foro Nacional sobre Trabajo celebrado en 1994, momento desde el que se emprendió una campaña mediante la que se multiplicaron las detenciones, se reforzó la represión de los disidentes y continuó la violación del derecho a la libertad religiosa a través de actos como la condena de los principales dirigentes religiosos, la prohibición de las imágenes del Dalai Lama, la detención del Panchen Lama (segunda figura más importante en la jerarquía del budismo tibetano y que, según el Dalai Lama, se había reencarnado en un niño), entre otros. Además, se denunció que se habían cometido graves atentados contra los derechos individuales de los tibetanos, tales como el derecho a la educación – el sistema establecido por China era precario e implicaba una desventaja y discriminación para los niños tibetanos respecto de los chinos, dado que el chino era el único idioma en el que se impartía la enseñanza –, el derecho a la vivienda – del que los tibetanos habían sido privados a causa del desalojo de los mismos de sus casas –, el derecho a la salud, el derecho a la libertad y a la seguridad personales – mediante detenciones arbitrarias –, el derecho a la integridad física y moral – mediante actos de tortura y tratos crueles –, el derecho a la libertad de expresión – la expresión de opiniones políticas suponían detenciones y encarcelamientos –, y el derecho a la libertad de reunión. Ante esta situación el comité recomendó que se celebrara en el Tíbet un referéndum de autodeterminación, con supervisión de las Naciones Unidas, para que el pueblo tibetano pudiera expresar sus aspiraciones respecto de su estatuto jurídico.

Este informe provocó la reacción de China, que rechazó el referéndum, afirmando que no cabía discusión sobre la autodeterminación del Tíbet, y criticó el informe duramente: *“El informe no tiene en cuenta la soberanía territorial china, defiende abiertamente la autodeterminación del Tíbet y calumnia a Pekín, al afirmar que las autoridades chinas violan los derechos humanos de los tibetanos”*.<sup>56</sup>

El Tíbet fue más allá y los llamamientos a gobiernos – que dieron lugar a pronunciamientos del Congreso y Senado de Estados Unidos en 1987 y 1989, del Parlamento Federal alemán en 1987 y del Parlamento italiano en 1989, condenando las demostraciones de fuerza de China sobre el Tíbet – y organizaciones internacionales han sido numerosos. En particular, el Parlamento Europeo se ha pronunciado en múltiples

---

<sup>56</sup> EL MUNDO, *China rechaza la propuesta de un referéndum de autodeterminación en el Tíbet*, 23 de diciembre de 1997. <http://www.elmundo.es/elmundo/1997/diciembre/23/internacional/tibet.html>.

ocasiones sobre la situación mostrando su apoyo al Tíbet, prácticamente cada año desde su primera resolución sobre el asunto en 1987. En 1991 se denunció en un debate de la Comisión de Derechos Humanos la práctica de abortos y esterilizaciones forzadas en el Tíbet y en septiembre del mismo año el Parlamento Europeo requirió al gobierno chino que cesara inmediatamente dicha práctica y que los responsables fueran llevados ante la justicia<sup>57</sup>. Cabe destacar también la Resolución del Parlamento del 18 de mayo de 1995<sup>58</sup> que, por primera vez, no se limitó a la condena de la violación de derechos humanos, sino que denunció que la ocupación del Tíbet por parte de China era ilegal requiriendo a China que interrumpiera la transferencia de población china al Tíbet y solicitando a las instituciones europeas que adoptaran las iniciativas necesarias para solucionar el conflicto.

En consecuencia, podemos afirmar que se han producido no pocos intentos de encontrar una solución pacífica promovidos por el Tíbet ante la Comunidad Internacional, aunque, lamentablemente, no hayan dado ningún resultado y las únicas reacciones de China hayan sido para mostrarse indignada ante las acusaciones y negarse a reconocer los hechos.

### C. EL CASO TÍBET ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

#### *a. Conocimiento del caso Tíbet por la justicia española*

En junio de 2005 el Comité de Apoyo al Tíbet y la Fundación Casa del Tíbet, en ejercicio de la acción popular, y Thubten Wangchen, como acusación particular, presentaron una querrela ante la AN contra el expresidente chino Jiang Zemin y otros seis exdirigentes de China por delito de genocidio, relatando los hechos ocurridos tras la dominación por la RPC del pueblo tibetano y la ocupación militar del Tíbet entre 1950 y 1979. Esta querrela fue inadmitida por el Juzgado central de Instrucción número 2 basándose en el informe emitido por el Ministerio Fiscal, que negaba que los tribunales españoles tuvieran competencia para conocer el asunto. Se señaló fecha para la vista del recurso que, sin embargo, se pospuso debido a que el TC dictó una sentencia<sup>59</sup> antes de dicha fecha

---

<sup>57</sup> European Parliament Resolution on Human Rights in China and Tibet, Strasbourg, 1991.

<sup>58</sup> European Parliament- Joint motion for a resolution (rule 47), Strasbourg, 18 May 1995, B4-0768 and 0826/95.

<sup>59</sup> STC n. 237/2005, de 26 de septiembre

resolviendo el recurso de amparo interpuesto sobre el Caso Guatemala y que podía incidir en el tema *decidendi*, pues se pronunciaba sobre el alcance del art.23.4 de la LOPJ cambiando la postura que hasta ese momento había mantenido el TS en relación con la competencia de España para conocer del delito de genocidio en ejercicio del principio de jurisdicción universal.

La AN dictó auto el día 10 de enero de 2006 estimando el recurso de apelación y admitiendo a trámite la querrela. La AN consideró que los hechos ocurridos en el Tíbet podían constituir, *prima facie*, un delito de genocidio de acuerdo con el art.II de la Convención de 1948. Respecto de la competencia para conocer el delito de genocidio, cuyos presupuestos se encuentran en el art.VI del mismo texto,<sup>60</sup> la Audiencia destacó que el Tíbet había intentado en numerosas ocasiones encontrar una solución pacífica al conflicto mediante llamamientos a gobiernos y organizaciones internacionales, y que, de acuerdo con el art. 11 del Estatuto de Roma,<sup>61</sup> no cabía esperar una respuesta de la CPI, pues los hechos denunciados habían ocurrido antes de su entrada en vigor y ni China ni el Tíbet formaban parte del Estatuto. Finalmente dijo que, dado que el genocidio es un delito calificado como de derecho internacional y que, de acuerdo con el *criterio de razonabilidad* establecido en la STS de 26 de septiembre de 2005<sup>62</sup>, no se podía deducir un ejercicio abusivo del derecho acudiendo a la jurisdicción española, esta tenía el deber de investigar dichos hechos y la AN era el órgano competente para ello.

En junio de 2006 prestó declaración ante la AN el primer testigo, lo cual provocó la inmediata reacción del Gobierno chino, que afirmó que la investigación que había sido iniciada en España constituía una difamación, que la cuestión del Tíbet era un asunto

---

<sup>60</sup> Art. VI: *Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.*

<sup>61</sup> Art.11. Competencia temporal: *1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. 2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.*

<sup>62</sup> *“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 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”.* Pág.8. A continuación, la Audiencia afirma el ejercicio abusivo del derecho no tiene nada que ver con que *“los hechos objeto de denuncia, el delito denunciado o el país en el que tales hechos ocurran estén o no alejados del nuestro”.*

interno de China e instó a España para que resolviera el problema de modo que las relaciones entre ambos países no se vieran perjudicadas.<sup>63</sup>

La AN ordenó, mediante providencia de 17 de mayo de 2007, que se librarán comisiones rogatorias a Bélgica, India, Suiza, Suecia, Holanda, Reino Unido y Estados Unidos. Sin embargo, la India se negó a colaborar alegando que no reconocía el principio de jurisdicción universal, aunque parece que la verdadera razón fue la presión ejercida por el gobierno chino.<sup>64</sup>

En 2009 la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (en adelante, LO 1/2009) modificó el art.23.4 de la LOPJ restringiendo la competencia de España en materia de jurisdicción universal. A partir de entonces la jurisdicción española pasaría a ser competente para conocer los delitos enumerados en tal artículo – el de genocidio, entre otros y, como novedad, el de lesa humanidad – siempre que se acreditara que los presuntos responsables se encontraran en España, existieran víctimas de nacionalidad española o se constatará un vínculo relevante de conexión con España<sup>65</sup>. Con anterioridad a la reforma el artículo se limitaba a decir que España era competente para conocer los delitos enumerados en el mismo. Esto no impidió, sin embargo, que el caso siguiera siendo investigado en la AN porque una de las víctimas, Thubten Wangchen (acusación particular) era un tibetano que había adquirido la nacionalidad española.<sup>66</sup>

El 18 de noviembre de 2013 la AN dictó un auto que estimaba un recurso de apelación interpuesto contra un auto del Juzgado Central de lo Penal que había rechazado expedir

---

<sup>63</sup> REINOSO, *China califica de calumnias las acusaciones contra varios de sus líderes*”, El País, 10 de junio de 2006. [https://elpais.com/diario/2006/06/10/espana/1149890413\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2006/06/10/espana/1149890413_850215.html)

<sup>64</sup> ESTEVE MOLTÓ, *Módulo VII: la ocupación del Tíbet: genocidio y exilio en India*, p. 159, [file:///C:/Users/beatr/Downloads/nuevas%20y%20viejas%20amenazas%20\(8\).pdf](file:///C:/Users/beatr/Downloads/nuevas%20y%20viejas%20amenazas%20(8).pdf)

<sup>65</sup> El párrafo introducido en el art.23.4 fue el siguiente: *Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.*

<sup>66</sup> Sí que afectaría, en cambio, al segundo caso Tíbet, iniciado tras la admisión a trámite, a través del Auto de la Audiencia Nacional de 5 de agosto de 2008, de una querrela por delitos de lesa humanidad y tortura, contra nuevos perpetradores, a raíz de la represión acaecida desde el mes de marzo anterior contra tibetanos que se habían manifestado pacíficamente en el Tíbet reclamando libertad religiosa. El juez alegó que no se cumplía ninguno de los requisitos del nuevo art.23.4 LOPJ (AJDo Central de Instrucción de 26 de febrero de 2010). Dado que este trabajo se limita al estudio del delito de genocidio, no nos detendremos a explicar el desarrollo de este segundo caso ante la justicia española.

Órdenes Internacionales de Detención (en adelante, OID) contra cinco de los querellados a petición de los querellantes. La AN afirmó que de las investigaciones llevadas a cabo desde la admisión de la querrela en 2006 se deducía la participación de cinco de los querellados en un delito de genocidio y acordó expedir OID contra ellos. A continuación, el Ministerio Fiscal presentó un escrito ante la AN interesando la suspensión de la ejecución del auto de la AN y planteando incidente de nulidad del mismo, pero la AN dejó sin efecto la causa de suspensión del procedimiento. Por consiguiente, en virtud del auto de la AN del 18 de noviembre de 2013 el Juzgado Centra de lo Penal dictó un auto el 10 de febrero de 2014 por el que libró OID contra cinco de los querellados, entre ellos el expresidente chino Jiang Zemin y el ex primer ministro Li Peng, por los delitos de Genocidio, Tortura y Lesa Humanidad.<sup>67</sup>

*b. El caso Tíbet tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ*

Al tiempo de dictarse el auto que ordenó librar las OID se estaba tramitando en el Congreso una nueva reforma del art.23.4 de la LOPJ para restringir, aún más, la justicia universal después de que el gobierno chino hubiera mostrado en varias ocasiones su indignación ante las acusaciones de la justicia española contra cargos políticos del país y hubiera anunciado represalias económicas para España y para las relaciones diplomáticas de ambos países.<sup>68</sup>

Un mes después de que se dictara el auto de la AN que comprometía las relaciones de España con el gigante asiático, se reformó la justicia universal mediante la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ (en adelante, LO 1/2014). El nuevo art.23.4, hoy vigente, exige en el apartado a), para que la jurisdicción española sea competente para conocer de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, que el procedimiento se dirija

---

<sup>67</sup> Mediante auto de 30 de marzo de 2011 del Juzgado Central de Instrucción nº2 de la AN, a petición de los querellantes, se amplió la investigación de lo ocurrido en el Tíbet desde 1972 hasta 2003, calificándose los hechos como infracciones de las Convenciones de Ginebra y constando como querellados el expresidente chino Jiang Zemin y el ex primer ministro Li Peng. Asimismo, en 2013 volvió a ampliarse la querrela contra el expresidente Hu Jintao – considerado máximo responsable de la represión del Tíbet en marzo de 2008 – una vez que había cesado en su cargo y ya no gozaba de inmunidad diplomática.

<sup>68</sup> PÉREZ, F., *El juez Moreno ordena detener al expresidente de China Jiang Zemin*, El País, 10 de febrero de 2014, [https://politica.elpais.com/politica/2014/02/10/actualidad/1392037936\\_946352.html](https://politica.elpais.com/politica/2014/02/10/actualidad/1392037936_946352.html).

*contra un español o contra un extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.*

A instancia del Ministerio Fiscal, el 25 de marzo de 2014 el Juzgado Central de Instrucción num. 2 acordó que se concluyera el sumario sobre el caso Tíbet y se elevara a la AN para que esta se pronunciara sobre si concurrían los requisitos exigidos por el apartado a) del art. 23.4 de la LOPJ *a los efectos de cumplir con el mandato previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo.*<sup>69</sup>

El 16 de abril se presentó una nueva querrela, por el Instituto de Derechos Humanos Sri Aurobindo y acusación particular *por delitos de tortura y de lesa humanidad, ejercitando la acción popular contra los miembros del gobierno chino desde 2009 hasta nuestros días como los responsables, presuntos, de los hechos objeto de la querrela, persecución, tortura y posterior inmolación de numerosos monjes budistas tibetanos, en los monasterios del Tibet.*<sup>70</sup>

El sumario fue elevado a la AN y se celebró la sesión del Pleno de la Sala de lo Penal, que acordó el 23 de junio el sobreseimiento y archivo del caso. Ante esto los querellantes alegaron que los convenios internacionales tenían primacía en la materia sobre derecho interno, ya que el derecho internacional era de obligada aplicación de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y plantearon cuestión de constitucionalidad contra la disposición transitoria de la LO 1/2014 y subsidiariamente contra toda esta Ley. Pidieron la revocación del auto de sumario, subsidiariamente, que se acordara la apertura del juicio oral y, subsidiariamente que la AN planteara cuestión de constitucionalidad.

El 2 de julio la AN dictó auto confirmando el acuerdo de la Sala, por no tener los tribunales españoles competencia para conocerla, ya que no concurrían los requisitos exigidos por el nuevo art.23.4 de la LOPJ. La AN explicó en el razonamiento jurídico único que, en lo relativo a la competencia para conocer los delitos de genocidio y recordando lo establecido en las SSTS de 25 de febrero de 2003<sup>71</sup> y de 8 de marzo de

---

<sup>69</sup> *Disposición transitoria única: Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella.*

<sup>70</sup> AAN n.38/2014 de 2 de julio, Antecedente de hecho tercero. No entraremos a examinar los pronunciamientos de la AN y del TS sobre esta segunda querrela, al no versar sobre el delito de genocidio.

<sup>71</sup> STS n. 327/2003, de 25 de febrero.



2004<sup>72</sup>, de acuerdo con el artículo VIII del Convenio de 1948 las partes tienen la posibilidad de acudir a las Naciones Unidas para que estas tomen las medidas convenientes para la prevención y represión de actos de genocidio – como han hecho previamente con la creación de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda –. Añade que los límites de la jurisdicción constituyen una cuestión de política criminal que es solo competencia del legislador y en el ejercicio de dicha competencia ha establecido los requisitos que han de cumplirse para que España tenga competencia en los delitos cometidos en el extranjero y, finalmente, que la nacionalidad española de uno de los querellantes no es determinante para establecer la competencia de la jurisdicción española porque no tenía dicha nacionalidad en el momento de los hechos y no constaba que los querellados estuvieran en España. Respecto del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, dijo la Audiencia que *no existe ninguna norma convencional que obligue a la adopción del principio de jurisdicción universal en los términos que los querellantes pretenden ni la mayoría de la Sala tiene duda que justifique su planteamiento.*<sup>73</sup>

Hubo dos votos particulares; en el primero se pedía que se planteara cuestión de constitucionalidad sobre la LO 1/2014, ya que *discrimina y otorga un trato diferenciado a las víctimas en atención al tipo de delito, haciendo de peor condición a las víctimas de los crímenes más graves, los de Derecho Internacional, como es el Genocidio, y porque se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que los criterios correctores introducidos por el Legislador para el ejercicio de la jurisdicción universal...no están amparados por la costumbre internacional y llevarían a una reducción contra legem, no solo del derechos a obtener la tutela judicial efectiva sino del propio principio de Justicia Universal.*

El segundo voto particular se expresaba en términos parecidos, pero también llamaba la atención sobre el hecho de que para los delitos contemplados en el apartado a) del art.23.4 (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra) el legislador se había desentendido de si las víctimas eran españolas, pues los delitos solo son perseguibles si han sido cometidos por un español, un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o un extranjero que estuviera en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Es decir, que una persona española que haya sido víctima de uno

---

<sup>72</sup> STS n. 319/2014 de 8 de marzo.

<sup>73</sup> AAN n.38/2014 de 2 de julio, p.6.

de esos tres delitos a manos de un sujeto activo que no cumpla los requisitos contemplados en el artículo, quedaría totalmente desamparada por la justicia de su propio país.

La parte querellante interpuso recurso de casación por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva *por aplicación indebida de los Tratados Internacionales que establecen la Jurisdicción Universal* y por haberse aplicado con efectos retroactivos la reforma del art.23.4 de la LOPJ. El TS resolvió dictando la **sentencia de 6 de mayo de 2015**<sup>74</sup> por la que desestimaba los recursos de casación, confirmándose el archivo y sobreseimiento del caso. Respecto del primer motivo, el TS examina cinco cuestiones, de las cuales nos interesan las cuatro primeras, por versar la quinta sobre crímenes de guerra:

1. Sobre el concepto de Jurisdicción Universal, su extensión y limitaciones: dice el Tribunal que los Tratados que prevén ciertos crímenes y el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de ellos dan la posibilidad a los Estados de que incluyan en sus ordenamientos el principio de Justicia Universal, pero no obligan a que este sea absoluto o incondicionado y que, de hecho, *el sistema de asunción limitada de la Jurisdicción Universal es el que está generalizado en el Derecho Comparado.*<sup>75</sup>

2. Sobre la evolución legislativa y jurisprudencial: se pasó de un modelo de Justicia Universal absoluto – el anterior a la reforma de 2009 – cuya sola limitación era la cosa juzgada, a uno que exigía la concurrencia de criterios de conexión que relacionaran a la Jurisdicción de España con el delito perseguido, y finalmente se llegó al modelo actual, que exige vínculos específicos para cada tipo de delito. En la STS de 25 de febrero de 2003, sobre el genocidio de Guatemala cometido entre 1978 y 1999, el Tribunal estableció la necesidad de vincular el ejercicio de la Justicia Universal con el de la existencia de criterios de conexión<sup>76</sup>, como los que fueron introducidos con la reforma de 2009. Esta Sentencia fue anulada por la STC de 26 de septiembre de 2005, según hemos explicado anteriormente, que decía que la exigencia de un vínculo de conexión entre el delito y algún interés de los ciudadanos del Estado que aplique la Jurisdicción Universal constituía un criterio razonable siempre que se empleara a los solos efectos de excluir el exceso o abuso del derecho. El TS en la sentencia que estamos analizando, afirmó que la STC de

---

<sup>74</sup> STS n. 296/2015, de 6 de mayo.

<sup>75</sup> Fundamento de derecho octavo.

<sup>76</sup> Y en base a ello estimó que *en el caso del genocidio maya no se aprecia la existencia de conexión con un interés nacional español, pues siendo posible concretar la conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se aprecia la comisión de un genocidio sobre españoles, aun cuando haya españoles que se vieron afectados por hechos calificables como delitos distintos.*

26 de septiembre, a pesar de establecer un *principio de jurisdicción universal absoluto*, no atribuyó dicho carácter absoluto al cumplimiento de principios constitucionales, sino a criterios de legalidad, por lo que el modelo de Jurisdicción Universal podía ser modificado por el legislador como estimara conveniente.

Señala además que, sobre los criterios restrictivos en relación con el genocidio, la STC había establecido que *la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, ya que el genocidio se caracteriza por la pertenencia de la víctima o víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, así como porque los actos realizados tienen la finalidad específica de la destrucción de dicho grupo*. Por tanto, de aceptar tal restricción, el delito de genocidio solo podría ser conocido por nuestros tribunales *cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español*, lo cual no sería conciliable con *la finalidad que el legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal*, como tampoco lo sería exigir la concurrencia de un interés nacional, y todo ello porque *la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto*.

Según el Tribunal la reforma llevada a cabo por la LO 1/2014 habría superado estas deficiencias que impedían que la jurisdicción universal cumpliera su cometido, pues no limita la Jurisdicción en materia de genocidio en relación con la nacionalidad de las víctimas. Por nuestra parte, consideramos que es cierto que la jurisdicción del delito de genocidio no viene limitada por la nacionalidad de las víctimas, que podrán ser españolas o extranjeras, sino que viene limitada por la nacionalidad de quien comete el delito, lo cual, en nuestra opinión, supone una restricción aun mayor, ya que no solo contradice *la aspiración compartida de la persecución universal del genocidio*, sino que impide que una víctima española de un delito tan grave como es el que nos ocupa pueda acudir a los tribunales de su propio país en busca de tutela judicial si su agresor no cumple con uno de los tres requisitos del art.23.4 a).

La STS dice además que posteriores sentencias que hicieron una interpretación en sentido amplio de la STC de 26 de septiembre de 2005 establecieron una corriente interpretativa de la Jurisdicción Universal que comprometía las relaciones internacionales de España, y

que por ello fue necesario llegar a la reforma de 2009. Sin embargo, sostiene que la reforma no fue suficientemente restrictiva, ya que *La inercia de la regulación anterior, unida a la indeterminación del concepto de "vínculo de conexión relevante", a la presión derivada de la posibilidad de ejercicio de la acción popular en nuestro ordenamiento penal y a la interpretación extensiva, para algunos fraudulenta, del concepto de víctimas españolas, incluyendo las que no lo eran cuando se produjeron los hechos pero se nacionalizaron después, determinó que fuesen los órganos jurisdiccionales españoles, entre todos los países de nuestro entorno, los que siguiesen siendo destinatarios de procedimientos por hechos en ocasiones muy lejanos en el tiempo y en el espacio, sin vínculos de conexión con España relevantes y en los que la justificación de la intervención jurisdiccional específica de nuestro país no tenía una fundamentación clara.*<sup>77</sup>

Y afirmó la sentencia que precisamente ese era el caso del proceso sobre el Tíbet, que se refería a hechos ocurridos hacía más de medio siglo, cuya instrucción se había prolongado en España durante más de diez años, en el que no se constataba ningún vínculo de conexión con España y que las relaciones internacionales españolas se estaban viendo perjudicadas. Por todo ello atribuye directamente a este caso la razón de la reforma introducida por la LO 1/2014.

El TS confirmó en consecuencia el sobreseimiento y archivo de las actuaciones por entender que no concurrían los requisitos legales del art.24.3 a) para que se pudiera seguir investigando si se produjo un delito de genocidio en el Tíbet y que *La naturaleza de investigación "in absentia" que ha pesado durante diez años sobre la instrucción del presente procedimiento, ha determinado que la localización de los denunciados no haya sido posible ni siquiera para recibirles declaración, o para determinar si siguen con vida, mientras que las órdenes de detención cursadas a la INTERPOL tampoco han sido atendidas, por no apreciar claramente este organismo internacional su justificación, en cumplimiento de su normativa interna.*<sup>78</sup>

3. Sobre el conflicto de normas entre la LOPJ y los Tratados. Derecho Internacional Penal Convencional: el TS señala que no se deriva de los Tratados la obligación para los Estados de establecer un modelo de Jurisdicción Universal absoluta o incondicionada.

---

<sup>77</sup> Fundamento de derecho decimoséptimo.

<sup>78</sup> Fundamento de derecho vigésimo.

Respecto del delito de genocidio, afirma que la Convención de 1948 no impone la jurisdicción universal en materia de Genocidio, por lo que el art.23.4 a) no entra en contradicción con la misma.

*4. Sobre el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Penal Consuetudinario:* el TS, tras examinar las regulaciones de diferentes países<sup>79</sup>, llegó a la conclusión de que *la costumbre internacional o práctica generalmente aceptada como Derecho consuetudinario, no avala la exigencia de un modelo absoluto o incondicional de Justicia Universal como el acogido en nuestro ordenamiento en la versión inicial de la LOPJ.*<sup>80</sup>

Sobre el segundo motivo del recurso – vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la aplicación retroactiva del art.23.4 de la LOPJ – dijo el TS que el mismo carecía de fundamento porque en virtud del art.2.2 del Código Penal, las leyes penales que favorezcan al reo tendrán efecto retroactivo y la norma de art.23.4 de la LOPJ, aunque es de carácter procesal, tiene efectos penales sobre los querellados del caso Tíbet y dichos efectos, el sobreseimiento y archivo del caso, son favorables para ellos. Por tanto, el TS desestima íntegramente el recurso.

Sobre las cuestiones planteadas en los votos particulares, respecto de la vulneración del principio de igualdad, dijo que tal desigualdad no concurría porque *la regulación de la Jurisdicción Universal constituye un régimen excepcional para la persecución de delitos cometidos en el extranjero.*<sup>81</sup> Además, el TS niega que tras la reforma los españoles víctimas de delitos de derecho internacional, como el genocidio, sean desatendidos ya que, por un lado, se les da el mismo trato que se les daría a las víctimas de otro país, *como es lógico en una jurisdicción que se establece en función de la naturaleza de los delitos y no de la nacionalidad de las víctimas*<sup>82</sup> y, por otro lado, que dichas víctimas españolas gozan de una mayor tutela respecto de las víctimas de delitos que no son de naturaleza internacional y en los que la jurisdicción competente es la del lugar en la que se ha cometido el delito.

En nuestra opinión, este argumento constituye una forma bastante enrevesada de intentar justificar el hecho de que desde la reforma las víctimas españolas de delitos de derecho internacional como el genocidio, entre otros, no puedan acudir a la justicia de su propio

---

<sup>79</sup> Alemania, Japón, Turquía, Francia, Gran Bretaña, Bélgica, Hungría, Holanda, Canadá y Estados Unidos.

<sup>80</sup> Fundamento de derecho vigésimo segundo.

<sup>81</sup> Fundamento de derecho trigésimo noveno.

<sup>82</sup> Fundamento de derecho cuadragésimo primero.

país. Como concibió LEMKIN, el genocidio es un crimen internacional *que por su propia naturaleza se comete siempre por el Estado o grupos que tienen el apoyo del Estado, y por ello no será nunca perseguido por el propio Estado,*<sup>83</sup> por lo que no tiene sentido esperar que las víctimas españolas sean atendidas por la jurisdicción del país en el que se comete en delito. Si además el país en el que se ha cometido el delito no forma parte del Estatuto de Roma y, por tanto, la Corte Penal Internacional no es competente para conocer el caso, la víctima española sí que quedaría desatendida.

Cuando todo parecía haber acabado, el 19 de diciembre de 2016 el Tribunal Constitucional admitió a trámite un recurso de amparo interpuesto por los querellantes del caso Tíbet estimando que el mismo presentaba “*una especial transcendencia constitucional (art.51 LOTC) como consecuencia de que la posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general*”<sup>84</sup>. No se precisa en el auto de admisión el derecho fundamental al que se refiere, pero entendemos que es el de la tutela judicial efectiva, que es el derecho que los querellantes entendían vulnerado en los recursos que han interpuesto. En marzo de 2018 el TC aún no ha resuelto el recurso.

---

<sup>83</sup> HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, *Autoría y participación en el crimen internacional*, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 2014, p.190.

<sup>84</sup> TC, n° de recurso: 3986-2015-P

## **CAPÍTULO IV: EL DELITO DE GENOCIDIO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL TRAS LA REFORMA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL**

Como hemos visto, tras la aprobación de la LO 1/2014, el delito de genocidio – así como el de lesa humanidad y los crímenes de guerra – solo será competencia de la jurisdicción española si ha sido cometido por un español, por un extranjero que resida habitualmente en España o por un extranjero que se encuentre en España y cuya extradición haya sido denegada por la misma (art.23.4 apartado a) de la LOPJ). La reforma ha suscitado debate, siendo alabada por unos y criticada por otros.

Los argumentos de los que han defendido la reforma, entre los que encontramos al magistrado Manuel Jaén Vallejo,<sup>85</sup> se basan en que el modelo de justicia universal de nuestra legislación necesitaba ser restringido por ser excesivo y estar causando conflictos diplomáticos – especialmente en relación a los casos Tíbet y Falung Gong, China había mostrado su descontento e incluso había amenazado a España con que las relaciones entre ambos países podrían verse perjudicadas<sup>86</sup> –; en que los casos que estaban siendo llevados por la AN en aplicación de la justicia universal por hechos ocurridos fuera de España resultaban muy costosos para la justicia española y después de varios años no mostraban visos de prosperar; y, finalmente, en que la existencia de la Corte Penal Internacional y de tribunales internacionales *ad hoc* hacía innecesaria una justicia universal tan amplia.

Por otro lado, encontramos la postura del magistrado Alberto Jorge Barreiro, que en el Auto del TS nº 1569/2015 de 18 de abril – sobre el caso contra ex agentes de las SS nazi por el genocidio llevado a cabo durante la Segunda Guerra Mundial y en el que habían padecido también españoles –, afirmaba que tras la reforma se había prácticamente privado a las víctimas españolas de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra del acceso a la justicia de su propio país, pues las posibilidades de que alguno de los autores de los delitos residiera en España eran ínfimas; que suponía una

---

<sup>85</sup>JAÉN VALLEJO, *Jurisdicción universal: hacia una regulación más amplia de este principio*, Elderecho.com, 14/02/2014.

<sup>86</sup> Tras la orden de arresto emitida por España contra 5 exlíderes chinos la portavoz del Ministerio de Exteriores de China expresó lo siguiente: *Estamos en desacuerdo con la decisión, pedimos al organismo que corrija su error para revocar el impacto negativo y no ensombrecer las relaciones China-España*. EL PERIÓDICO, *China pide a la justicia española que "corrija su error" en el caso del Tíbet*, 12/02/2014.

contradicción que la nacionalidad de las víctimas españolas de los *delitos más graves o de primer grado* no se tuviera en cuenta para poder aplicar la justicia universal pero sí para *algunos de los graves delitos del segundo nivel: contra la integridad moral, desaparición forzada, trata de seres humanos, terrorismo, contra la libertad e indemnidad sexual, falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública;* y que, en consecuencia, la reforma podía ser inconstitucional por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad (art.53.1º y art.14 de la Constitución Española, en adelante, CE). Por su parte, el magistrado Santiago Pedraz, en el Auto de la AN de 20 de mayo de 2014, añade que además de la privación de la tutela judicial efectiva y la vulneración del principio de igualdad por discriminar a las víctimas españolas de los delitos del art.23.4 a), también se había infringido el art.10.2 en relación con el art.96 de la CE, *dado el incumplimiento de las obligaciones asumidas por España como consecuencia de la ratificación de los textos internacionales de Derecho Humanos*, y es que el Convenio de 1948 – como sabemos, ratificado por España – dice en su art. I que *Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar.*

Por nuestra parte, por un lado, estamos de acuerdo en que no corresponde a la justicia española el enjuiciamiento de hechos completamente ajenos a nuestro país, como lo es el caso Tíbet, en el que los hechos no han tenido lugar en España, no han sido perpetrados por nacionales ni ha habido víctimas españolas – el querrellado y víctima de nacionalidad española era un tibetano que adquirió la nacionalidad con posterioridad a los hechos, muy probablemente para que el caso Tíbet pudiera seguir siendo enjuiciado por nuestros tribunales –, sino que lo lógico sería que el conocimiento de dichos casos correspondiera a un tribunal ad hoc creado por la ONU como el TPIY y TPIR. Lo contrario supondría una injerencia en los asuntos de otro Estado y enturbiar las relaciones diplomáticas. Sin embargo, esta solución no parece factible puesto que China es uno de los cinco Estados permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU, por lo que tiene derecho a veto, es decir, su voto en contra sería suficiente para que la propuesta de creación de un tribunal penal internacional ad hoc no tuviera éxito.

Por otro lado, no compartimos la reforma llevada a cabo por la LO 1/2014. Rechazamos el empleo del procedimiento de urgencia, pues más que urgencia lo que parecía concurrir era prisa para aprobar una reforma antes del término de la legislatura que asegurara que



China dejara de ejercer presiones sobre España y las relaciones entre ambos no se vieran perjudicadas. Precisamente, es probable que el poco tiempo en el que se elaboró y aprobó la reforma sean las causas de las deficiencias y posibles inconstitucionalidades de la nueva regulación.

Nos parece en cierto modo irresponsable dejar desamparadas a las víctimas españolas del delito de genocidio si no se cumplen unos requisitos que en la práctica muy difícilmente podrían darse:

- *Que el procedimiento se dirija contra un español*, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto en el que un español responsable de un delito de genocidio hubiera cometido un genocidio contra otro español o españoles y en un Estado diferente a España – pues como hemos explicado, las características del delito hacen que normalmente sea cometido por el Estado o, al menos, con el consentimiento del mismo –; este escenario parece más que poco factible.
  
- *O contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España*. Es decir, no basta con que se encuentre en nuestro territorio y sea responsable de un delito de genocidio del que un español haya sido víctima, sino que tendrá que residir habitualmente en nuestro país. Este supuesto parece también muy poco probable ya que la lógica nos dice que el responsable de un delito de genocidio en el que ha habido víctimas españolas evitará pisar territorio español y, desde luego, no elegiría España para fijar su residencia habitual sabiendo que ello le supondría ser reo de un delito.
  
- *O contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas*. De nuevo, dudamos que al autor de un genocidio en el que haya habido víctimas españolas se le ocurriera entrar en España y, si lo hiciera, habría que confiar en que España negara su extradición. De nuevo, el escenario en que España juzgara al autor de un genocidio en el que han padecido españoles no parece fácil de alcanzar.

Además, tampoco entendemos las razones que llevan a no considerar la nacionalidad española de las víctimas para aplicar el principio de justicia universal en los delitos de

genocidio, lesa humanidad y crimen de guerra, pero sí para otros. Solo se nos ocurre que se hizo para conseguir el archivo de causas que estaban en curso al tiempo de la reforma y que incomodaban las relaciones diplomáticas, como, por ejemplo, el caso Tíbet por genocidio con una víctima española, el caso Couso por crimen de guerra a consecuencia del cual había muerto el periodista español o el caso Ruanda por crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad y en el que había nueve víctimas españolas. Es decir, se habría elaborado una reforma a medida para solucionar una realidad incómoda, resultando en la vulneración del principio de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva.

En conclusión, parece que un delito tan grave como es el de genocidio ha quedado carente de relevancia práctica en nuestro ordenamiento a causa de una reforma de la justicia universal que hace muy improbable que su persecución por España sea posible.

## CONCLUSIONES

En este trabajo hemos constatado que, tanto en opinión de una organización internacional, la CIJ, como de los tribunales de nuestro país, en el Tíbet se ha llevado a cabo un delito de genocidio por parte del Gobierno de China, además de haberse probado la violación de no pocos derechos fundamentales del pueblo tibetano. Sin embargo, y lamentablemente, parece que el mal ya está hecho y es irreversible.

En su momento, los llamamientos de la Comunidad Internacional a China para intentar que se solucionara la situación fueron en vano, pues el país negó los hechos y los tibetanos siguieron siendo un pueblo reprimido y maltratado. Tras los sucesos, respecto del enjuiciamiento de lo ocurrido, el hecho de que China no haya ratificado el Estatuto de Roma imposibilita que la Corte Penal Internacional tenga competencia para conocer del delito y, dado que China es uno de los cinco Estados permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU y como tal, tiene derecho a veto, no hay ninguna esperanza de que los hechos vayan a ser enjuiciados por un tribunal internacional ad hoc.

En cuanto al enjuiciamiento de lo sucedido por un tribunal nacional, hemos visto cómo, tras la interposición de una querrela ante la Audiencia Nacional, en un primer momento España se consideró competente para abrir un procedimiento e investigar lo ocurrido, lo cual llevó a la afirmación de que la población del Tíbet había sido víctima de un delito de genocidio a manos de China. Actuando en consecuencia, se expidieron OID contra autoridades del gigante asiático y fue entonces cuando el poder legislativo, tras las llamadas de atención de China a nuestro Gobierno, tomó cartas en el asunto. El resultado fue una reforma legislativa que conllevó el archivo, entre otros, del caso Tíbet; una restricción de la justicia universal materializada en un nuevo art.23.4 de la LOPJ que desatiende a las víctimas españolas de genocidio y las discrimina respecto de las de otros delitos; y, muy probablemente, el fin de toda esperanza de que el pueblo tibetano vaya a encontrar algún día justicia.

Pese a la constatación de que se ha producido un genocidio en el Tíbet, la imposibilidad de que tanto la jurisdicción internacional – por su estructura actual – y la española – dada la regulación de la justicia universal fruto de su reforma – conozcan el caso, hará que, muy probablemente, los responsables nunca respondan de su actuación. Este hecho nos

lleva a concluir que es necesario un cambio que garantice que el cometido de la justicia y la regulación del delito de genocidio no queden en papel mojado.

## BIBLIOGRAFÍA

### Obras doctrinales

COMITÉ DE ENCUESTA JURÍDICA SOBRE EL TÍBET, *El Tíbet y la República Popular de China*, CIJ, Ginebra, 1960.

COMITÉ DE ENCUESTA JURÍDICA SOBRE EL TÍBET, *La cuestión del Tíbet y el Imperio de la Ley*, CIJ, Ginebra, 1959.

COMITÉ DE ENCUESTA JURÍDICA SOBRE EL TÍBET, *Tíbet: Derechos Humanos y el Imperio de la Ley*, CIJ Ginebra, 1997.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal comentado, Con concordancias y jurisprudencia, Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010, Tomo II*, Barcelona, 2012.

ESTEVE MOLTÓ, *Módulo VII: la ocupación del Tíbet: genocidio y exilio en India*, [file:///C:/Users/beatr/Downloads/nuevas%20y%20viejas%20amenazas%20\(8\).pdf](file:///C:/Users/beatr/Downloads/nuevas%20y%20viejas%20amenazas%20(8).pdf)

FEIJOO, *Los delitos de genocidio en el Derecho penal español (art. 607 CP)*, Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 1997, nº4.

GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999.

GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999.

GÓMEZ TOMILLO, JAVATO MARTÍN y otros, *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo IV*, Pamplona, 2015.

GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal, parte especial. Vol. II*, Madrid, 1997.

HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, *Autoría y participación en el crimen internacional*, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 2014.

JAÉN VALLEJO, *Jurisdicción universal: hacia una regulación más amplia de este principio*, Elderecho.com, 14/02/2014.

LAMARCA PÉREZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 2011.

LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington, D.C, 1944.

LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 2015.

MOLTÓ ESTEVE y RAMÓN CHORNET, *El Status jurídico internacional del Tíbet en el 50º aniversario del Acuerdo Chino-Tibetano de 1951*, 2001, [http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21283/1/ADI\\_XVII\\_2001\\_07.pdf](http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21283/1/ADI_XVII_2001_07.pdf)

SÁNCHEZ MELGAR, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Madrid, 2016.

SCHABAS, *Genocide in International Law. The crime of crimes*, Cambridge, 2000.

WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2001.

ZÁRATE CONDE, GONZÁLEZ CAMPO, MORAL DE LA ROSA, DÍAZ TORREJÓN, MAÑAS DE ORDUÑA, *Derecho Penal. Parte especial. Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*, Madrid, 2016.

### **Legislación**

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.

España. Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 4 de noviembre de 2006.

España. Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Boletín Oficial del Estado, 14 de marzo de 2014.

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, de 2 de julio de 1985.

ONU: Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 Julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6.

ONU: Asamblea General, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Londres, 8 de octubre de 1945.

UN Doc. A/1534, Invasion of Tibet by foreign forces. El Salvador: draft resolution, 18 November 1950.

### **Jurisprudencia**

#### **- Nacional**

STC n. 237/2005, de 26 de septiembre.

STS n. 327/2003, de 25 de febrero.

ATS n. 1566/2011, de 6 de octubre.

AAN n. 44/2014, de 15 de julio.

AAN n. 38/2014, de 2 de julio.

AAN n. 173/1998, de 5 de noviembre.

STS n. 296/2015, de 6 de mayo.

STS n. 297/2015, de 8 de mayo.

SAN n. 16/2005, de 19 abril.

#### **- Internacional**

TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayezu, Judgement, ICTR-96-4-T, 1 June 2001.

TPIY, Prosecutor v. Krstic, Judgement, IT-98-33-A, 19 April 2004.

TPIY, Prosecutor v. Milomir Stakic, Judgement, IT-97-24, 22 March 2006.