



**Tribuna**  
Normativa sobre materiales y objetos destinados a entrar en contacto con alimentos **8**



**Jurisprudencia**  
Extinción del contrato de un entrenador de balonmano por no clasificar a su equipo para la Liga **14**

## sumario

- **Doctrina**  
La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo  
*Por Javier Chinchón Álvarez* **1**
- **Tribuna**  
Normativa sobre materiales y objetos destinados a entrar en contacto con alimentos  
*Por Luis Sarrato Martínez* **8**
- **Jurisprudencia**  
Arrendamiento por una clínica privada de los servicios de unos médicos que trabajaban en la sanidad pública **14**  
Abuso de autoridad por trato degradante a un inferior infligido a un soldado en el curso de unas maniobras militares de adiestramiento en el trato de prisioneros **14**  
Condenados por delitos de torturas y contra la integridad moral los Mossos d'Esquadra que maltrataron y vejaron al hombre al que habían detenido por error **16**

## DOCTRINA

LA LEY 129/2009

# La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo

(Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008)

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ

*Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Universidad Europea de Madrid*

*El presente artículo analiza los últimos desarrollos habidos en el seno de la Audiencia Nacional en relación con la investigación y juicio de determinados crímenes contra la humanidad cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo. A tal fin, el estudio realizará un repaso crítico de las acciones tomadas y algunos de los argumentos esgrimidos por la Fiscalía, el Juzgado y la Sala de lo Penal a partir del Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, para concluir con la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008, en la que finalmente se ratifica la falta de competencia de la Audiencia Nacional.*

siderar, si el proceso en cuestión estaba llamado a enfrentar la inicial investigación de unos hechos con un sobresaliente «grado de dificultad» (1); que además, como subrayó el mismo Auto de 16 de octubre, «nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla...» (2); unos hechos, en definitiva y por usar las palabras de los Magistrados DE PRA-DA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCEL, que habrían de conformar una causa de una singular «importancia histórica» (3), en tanto que entre otras muchas cosas, «posiblemente (sean) los hechos con relevancia penal más grave, por su intensidad y extensión, que se han presentando ante la jurisdicción española» (4). Sin embargo, contra todo pronóstico racional, me atrevería a decir, en prácticamente mes y medio desde la notificación de aquel trascendental Auto, que ya tuvimos ocasión de analizar aquí (5), hemos sido testigos de una frenética y tan inaudita como poco edificante sucesión de acciones y reacciones jurisdiccionales que han culminado en el Auto del Pleno de la Sala de Penal de 2 de diciembre (6); y cuyo pistoletazo de salida podemos situar ya en el mismo 17 de octubre, día en el que el Magistrado-Juez Garzón trasformó las Diligencias Previas 399/2006 en el Sumario 53/2008 (7); hecho, como es sabido, llamado a repercutir en los posibles recursos a presentar, en su caso.

## I. DEL AUTO DE 16 DE OCTUBRE DE 2008 A LA DECISIÓN DEL PLENO DE 2 DE DICIEMBRE

Poco más de seis semanas es apenas un suspiro en la vida de los procedimientos judiciales en España. Máxime, cabría con-

A partir de aquí, asistimos casi sin aliento a la interposición de un extraordinariamente severo recurso de apelación de la Fis-



**Tribunal Supremo**  
**la sentenciadel día**  
Obligación del propietario disidente de contribuir a los gastos de instalación de ascensor  
*Marín Castán, Francisco* **12**



## OPINIÓN

**D**espués de más de dos años desde la presentación de las primeras denuncias ante la Audiencia Nacional por una serie de presuntos actos criminales cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, en apenas mes y medio hemos asistido a una desenfrenada actividad jurisdiccional en la que a partir del Auto de 16 de octubre del Juzgado Central de Instrucción número 5, se han sucedido recursos de apelación, varias providencias, incidentes procesales, escritos de ampliación, inesperadas reuniones de urgencia, Autos de unos y otros, múltiples recursos de las partes personadas en el proceso, y hasta querellas contra algunos de los Magistrados de la Audiencia Nacional. Todo ello, a mi juicio, a lo largo de un confuso tránsito en el que se ha exteriorizado un lamentable y desconcertante enfrentamiento entre el Fiscal Jefe de la Audiencia y el Magistrado-Juez Garzón, vehiculado a través del uso, por parte del primero, de una tan exhaustiva, como parcialmente contradictoria, batería de mecanismos procesales prácticamente inédita, en el fondo y en la forma, en el devenir de la Audiencia Nacional. En mi opinión, no ha de haber duda de que la deuda contraída con los familiares-víctimas de los gravísimos hechos objeto de la causa abierta, o si se prefiere, la trascendental importancia social, si se quiere política, pero también jurídica, de las complejas cuestiones que deberían haberse afrontado requerían de todo menos del nada edificante espectáculo al que hemos debido asistir; aunque, muy posiblemente, lo más censurable sea que al final de este camino, tras el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008, en el que finalmente se ratifica la falta de competencia de la Audiencia Nacional en este caso, la inmensa mayoría de estas cuestiones de fondo haya quedado en una nueva incertidumbre. De tal suerte que si nos acogemos al literal de la última decisión del Pleno de la Sala de lo Penal, tras más de siete décadas del inicio de la Guerra Civil, más de tres decenios del inicio formal de la transición política española, y después de estos noventa días de frenética actividad, lo único que sabemos por instancia judicial es que el golpe de Estado de julio de 1936 fue un delito de rebelión y que la Audiencia Nacional no es competente para, por el momento, investigar los crímenes (conexos) de derecho internacional que pudieron haberse cometido a partir de entonces, durante la Guerra Civil y el franquismo.

calía, el 20 de octubre (8), en el que ya se solicitaba que «en atención a la naturaleza y trascendencia del asunto, interesa al amparo del art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que la resolución del recurso sea avocada al Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional» (9); actuación que coincidió con el nombramiento, por parte del Magistrado-Juez Garzón, del ex fiscal Anticorrupción, Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO, y el ex Presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona, Antonio DOÑATE MARTÍN, como miembros del destacable «Grupo de Expertos», creado en virtud del Auto de 16 de octubre, cuya misión habría de ser, recordemos, «estudiar, analizar y valorar y dictaminar sobre el número, lugar, situación e identificación de las víctimas en un solo informe que incluya el número total de víctimas en el período estudiado (17 de julio de 1936 hasta el 31 de diciembre de 1951), diferenciándolos (...) en tres grupos: 1) Personas detenidas y desaparecidas hasta el día de la fecha, con propuesta de localización y métodos de recuperación e identificación de restos. 2) Personas detenidas y desaparecidas cuyos cuerpos se recuperaron pero aún están sin identificar, con la misma propuesta del punto anterior sobre su identificación. 3) Personas detenidas desaparecidas y que han sido identificadas» (10).

El recurso de apelación sería respondido, el 23 de octubre, por un Auto del mismo Juzgado Central de Instrucción N.º 5 (11) en el que se declaró su no admisión a trámite y se fijó un plazo de tres días para, en su caso, interponer recurso de reforma contra el Auto de 16 de octubre de 2008 (12); decisión que volvió a coincidir con otro hito en el desarrollo del [con todo, fugaz (13)] «Grupo de Expertos», esto es, con la definitiva elección, a cargo de las partes en la causa, de los restantes cinco miembros: los historiadores Julián Casanova, Queralt Solé, Maribel Brenes y Francisco Espinosa Maestre, y del médico forense Francisco Etxeberria.

No obstante, y quizá tras la lectura del propio Auto de 17 de octubre y la interiorización de sus posibles consecuencias procesales, la Fiscalía, el mismo 21 de octubre, había promovido ya el casi-inédito (14), ambiguo (15) y extraordinario (16) incidente previsto en el art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (17), es decir, que «si durante el sumario o en cualquier fase de instrucción de un proceso penal el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes entendieran que el Juez instructor no tiene competencia para actuar en la causa, podrán reclamar ante el Tribunal superior a quien corresponda, el cual, previos los informes que estime necesarios, resolverá de plano y sin ulterior recurso» (18); resultando que si resolviera declarando la falta de competencia del instructor, la consecuencia añadida que parecía pretenderse era, ni más ni menos, que la nulidad de pleno derecho de todo actuado (19) vía lo dispuesto en el art. 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Todo ello, apun-

tándose al menos, sin que, de un lado, el Ministerio Fiscal indicara expresamente en sus escritos quién sería entonces, y a su juicio, el órgano jurisdiccional competente en lo que nos interesa; y, del otro, aunque vinculado al anterior, en un viraje ciertamente destacable, en tanto que la mayoría de sus argumentos hasta la fecha no se habían dirigido a rebatir la competencia de la Audiencia como tal, sino más bien a defender la extinción de la posible responsabilidad criminal en liza (20).

Pero aún más, el 29 de octubre se dictaría una nueva providencia en la que el Juzgado Central de Instrucción N.º 5, a cargo del Magistrado-Juez Pedraz en aquellos días por baja médica de Garzón, acordaría atender a algunas de las peticiones de nuevas exhumaciones (21) (junto a nuevas personaciones en la causa); decisión que no encontró oposición aparente por parte del Ministerio Fiscal. De hecho, la Fiscalía no había recurrido ninguna de las providencias acordadas con anterioridad a estas convulsas jornadas de octubre (22), y quizás en esa línea, en su recurso del día 20 quiso aclarar, sobre la base de una tan particular como generosísima interpretación de la conocida como «Ley de Memoria Histórica» (23), que en el «trabajo de localización, identificación, exhumación y entrega de los restos mortales de asesinados y ajusticiados en ese período negro de nuestra reciente historia, (...) (las víctimas) contarán siempre con la incondicional colaboración del Ministerio Fiscal» (24). Sin embargo, apenas un día después de una nueva autorización para exhumar los cadáveres de ocho personas enterradas, sin el conocimiento ni el consentimiento de sus familiares, en el Valle de los Caídos (25), el Fiscal Jefe presentaría, el 7 de noviembre, un *inesperado* escrito de ampliación en el que solicitaba a la Sala de lo Penal (26) que adoptase «las medidas oportunas para el estricto cumplimiento de las previsiones legalmente establecidas y aplicables a este caso y ordene al Instructor que se limite a practicar diligencias esenciales que no causen a terceros perjuicios irreversibles de difícil reparación, caso de estimarse el incidente de competencia planteado» (27). Y así, aquel mismo 7 de noviembre, en una verdaderamente sorprendente *reunión de urgencia*, el Pleno de la Sala de lo Penal aprobó un Auto en el que se acogía la petición del Ministerio Fiscal (28), subrayando específicamente el requerimiento «para que se paralicen las actividades tendentes a la exhumación de cadáveres en tanto no se resuelva por esta Sala de lo Penal la cuestión de incompetencia planteada por el Ministerio Fiscal» (29); todo ello, como destacaron los cinco Magistrados que votaron en contra (30), «sin audiencia de las partes y sin que fuere a través de un recurso» (31). Esta desconcertante resolución del Pleno dio inmediato paso a la presentación, entre otros, en primer lugar de un recurso, el 10 de noviembre, por parte de los representantes legales de Carmen Negrín Fetter, nieta de Juan Negrín, desestimado por

el Pleno de la Sala de lo Penal en Auto de 1 de diciembre (32), y el 17 de noviembre, de una querrela ante el Tribunal Supremo por prevaricación contra los diez Magistrados que votaron a favor del referido Auto de 7 de noviembre (33), pendiente de ser resuelta en el momento de redacción de este trabajo.

Pero, a pesar de todo, la febril actividad que estamos reseñando no se detuvo ni un instante. Así, el 18 de noviembre se haría público un nuevo y singularmente extenso Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 (34), en el que, una vez declarada la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento respecto de los delitos contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno, así como respecto del delito de detención ilegal/desaparición forzada de personas, en el contexto de crímenes contra la humanidad, de aquellas personas identificadas en el Auto de 16 de octubre (35), se acordó «la inhibición de esta causa, con todas sus piezas, (...) a favor de los Juzgados de Instrucción de las localidades a las que pertenezcan los lugares en los que estén ubicadas las fosas identificadas y que por provincias son: A Coruña, Asturias, Badajoz, Burgos, Castellón, Córdoba, Granada, Huelva, Huesca, León, Lugo, Madrid, Navarra, Palencia, Pontevedra, Salamanca, Soria, Toledo, Zamora y Zaragoza; así como a favor de los Juzgados de Instrucción Decanos de Barcelona, Burgos, Valencia, Vizcaya, Madrid, Málaga y Zaragoza» (36); así como, «la inhibición de esta causa, con todas sus piezas, a favor de los Juzgados que se identifiquen, en el futuro, por las partes, respecto de los hechos que les correspondan territorialmente» (37). Ahora bien, cabe adelantar que, en realidad, el Magistrado-Juez Garzón en este Auto, más que simplemente inhibirse, siguiendo una de las potenciales alternativas que, como dijimos entonces (38), parecía apuntar ya en su Auto de 16 de octubre, no hizo sino ratificarse en sus posiciones centrales anteriores, desarrollarlas teóricamente en mayor profundidad y ampliarlas fácticamente, incluyendo menciones específicas a siniestros hechos como el de los conocidos como «niños perdidos del franquismo» (39); sin privarse ni un instante de responder, con extrema dureza y punto por punto (40), a los argumentos que el Fiscal Jefe fue manteniendo a lo largo de todos los escritos que hemos referido.

Con todo, del contenido de este nuevo Auto, probablemente fueron las referencias a los «niños perdidos del franquismo» el elemento añadido que congregó mayor interés social y mediático; lo que, apúntese al menos, contrasta notablemente con el silencio absoluto del posterior Auto del Pleno de la Sala Penal sobre este particular (41). En este sentido entonces, es oportuno que reproduzcamos aquí la consideración general que sobre estos fúnebres hechos se recoge en el Auto de 18 de noviembre: «En España, según se desprende de los documentos aportados y de los estudios realizados, podría haberse desa-

rollado un sistema de desaparición de menores hijos de madres republicanas (muertas, presas, ejecutadas, exiliadas o simplemente desaparecidas) a lo largo de varios años, entre 1937 y 1950, desarrollado bajo la cobertura de una aparente legalidad, al contrario de lo que décadas después ocurriría en Argentina (...), pero, precisamente por ello, con unos efectos más perdurables en el tiempo y más difíciles de detectar y hacer que cesen. Pero no cabe duda, al menos aparentemente, que los métodos de desaparición "legalizada" se institucionalizaron gracias al sistema de impunidad impuesto por quienes lo diseñaron y al miedo desarrollado en las víctimas, conscientes de la práctica inutilidad de su acción. Esta situación, a pesar de lo terrible que puede parecer hoy día y de que a gran mayoría de los ciudadanos les puede resultar casi inverosímil, lo cierto es que presuntamente ocurrió y tuvo un claro carácter sistemático, preconcebido y desarrollado con verdadera voluntad criminal para que las familias de aquellos niños a las que no se les consideraba idóneas para tenerlos porque no encajaban en el nuevo régimen, no pudieran volver a tener contacto con ellos. De esta forma se propició una desaparición "legalizada" de menores de edad, con pérdida de su identidad, cuyo número indeterminado dura hasta la fecha, correspondiendo al Poder Judicial y a ningún otro, la obligación de investigar el alcance delictivo de unos hechos que, por su carácter permanente y contextualizados como crímenes contra la humanidad, hasta el día de hoy, no están prescritos ni amnistiados y sus víctimas (los hijos y algunos progenitores) podrían estar vivas y, por ende, sus efectos seguirían perpetuándose sobre éstas, ante la inacción de las instituciones del Estado» (42).

A todo lo anterior convendrá añadir finalmente que respecto al «Grupo de Expertos», que apenas tuvo tiempo de reunirse un par de veces, en este Auto se acordó «dirigir atenta comunicación al Sr. Ministro de Justicia, informándole de (su) existencia (...) que están informatizando la causa y todos los datos y documentos, para su conocimiento, y, en su caso, compatibilizar la actividad con la que compete al desarrollo de la Ley 52/ 2007 de 26 de diciembre, con el fin de evitar solapamientos en la labor de recopilación de datos, formación de un adecuado protocolo de exhumaciones (43), identificación e inhumaciones de los cadáveres, preservando la cadena de custodia de los restos humanos y de otros elementos o pruebas que pueden ser necesarios en el ámbito de la jurisdicción penal» (44).

De este modo, tras este tan apresurado como desenfrenado tránsito, llegamos al 2 de diciembre de 2008, día en que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional decidió, pese a todo, atender la reclamación del Ministerio Fiscal vía art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haciendo público, poco después un Auto (45) en el que se acordó

«declarar la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción número cinco para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008 y, en consecuencia, dejar sin efecto todas las actos y resoluciones posteriores, incluido el auto de 18 de noviembre de 2008, con el alcance y límites establecidos en el razonamiento jurídico 6 de este auto. Sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales» (46). Del otro lado, tres Magistrados presentaron un comparativamente extenso voto particular discrepante, que terminaba con este rotundo párrafo: «Creemos que la resolución no ha logrado (...) optimizar los derechos humanos básicos concernidos. Al clausurar el proceso en su primer momento, sin señalar el cauce para la competencia de otro órgano de la jurisdicción no se ha atendido, tras tantos años de silencio e impunidad impuestos, el derecho al acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva de los derechos de los que son portadores las víctimas y sus asociaciones, entre ellos el derecho a una investigación adecuada. Si se hubiera producido una denegación de justicia, ello podría determinar la responsabilidad internacional del Estado español, y el poder jurisdiccional es Estado y está en condiciones de asumir dicha responsabilidad, según ha declarado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (47) que estableció el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (48).

En línea similar, el 16 de diciembre se presentaría recurso de súplica por parte de varias asociaciones personadas en la causa, que se ha unido a diversos recursos de queja, incidentes de nulidad de actuaciones, recusaciones, etcétera. Todo ello, según han manifestado los mismos representantes de las demandantes, sin descartarse la ulterior presentación de recurso ante el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y, llegado el caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; si bien, el primero de ellos, a finales de noviembre se manifestó ya de forma parcialmente coincidente con algo de lo que se sostendría en el Auto de 2 de diciembre del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (49).

## II. LAS CUESTIONES PENDIENTES TRAS LA ACTUACIÓN DEL MAGISTRADO-JUEZ GARZÓN Y LA FISCALÍA

Si volvemos la vista hasta el comienzo formal de todo lo acaecido en éste, dijéramos, menesteroso mes y medio, podremos recordar las cuestiones que ya en el Auto de 16 de octubre, bajo el también debatido calificativo de «escolllos» (50), se identificaban como clave en lo que ahora nos ocupa; a saber: «El de la irretroactividad de la ley penal que recoge el delito (...) con posterioridad a la comisión de los hechos y su conflicto con las normas consuetudinarias de de-

recho penal humanitario que han sido ratificadas por España y que forman parte del denominado "ius cogens" (...). La cuestión de la permanencia o no permanencia delictiva de los hechos, esencialmente de detenciones ilegales (desaparición forzada de personas) en las cuales aún no se ha dado razón cierta del paradero de las víctimas y su incidencia sobre la prescripción. El de la posible aplicación de la amnistía a los hechos denunciados. La competencia de este Juzgado y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en función del concurso de delitos que puede darse. Identificación de las personas posibles responsables de los mismos delitos a los que se refieren las denuncias presentadas. La protección de las víctimas de estos hechos» (51). De este modo, más de uno podría haber sentido la tentación de esperar que a pesar del corsé procesal al uso, quizás el Pleno de la Sala de lo Penal finalmente habría de compartirnos su parecer sobre (algunos de) estos siete aspectos; máxime, teniendo en mente que el Ministerio Fiscal, en sus distintos escritos, había discutido y rechazado completamente los argumentos y conclusiones del Magistrado-Juez Garzón en cada uno de ellos, y que el mismo titular del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 había dado cumplida respuesta a la propia fiscalía en su Auto de 18 de noviembre, a mi juicio, y al margen de otras consideraciones que haremos *infra*, notablemente más desarrollado y certero que el de 16 de octubre.

Aún más, como el mismo Pleno de la Sala de lo Penal se encargaría de destacar: «al ser las normas de competencia de derecho necesario, la Sala no está constreñida por el escrito del Ministerio Fiscal y los informes del juez y las partes, pudiendo resolver cuantas cuestiones relacionadas con la competencia se planteen» (52). Así, y aunque ya en sus primeros párrafos expresamente excluiría de entre ellas a la determinación de, en su caso, la jurisdicción competente (53), esta afirmación dejaba también la puerta abierta al posible examen de interesantes cuestiones de orden procesal al hilo del refractario literal del art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, como veremos al final, la paradójicamente escueta decisión del Pleno de la Sala de lo Penal se limitaría a exponer unas pocas consideraciones acerca de un par de particulares.

Ahora bien, antes de llegar al 2 de diciembre, sería necesario detenerse al menos un momento en el, en mi opinión, tan duro como desconcertante enfrentamiento que terminó por desarrollarse entre el Fiscal Jefe y el Magistrado-Juez Garzón, especialmente lamentable ante la singular trascendencia de la acción de la Justicia frente a hechos como los que ahora nos ocupan; si bien, analizar con el detalle debido este particular resulta inviable en atención a los objetivos y posibilidades de este estudio. En este sentido entonces, como ya tuvimos ocasión de comentar la construcción realizada por el Magistrado-Juez Garzón (54), co-

mencemos por esbozar alguna consideración general sobre las posiciones del Ministerio Fiscal; y, a este respecto, conviene señalar inicialmente que la más que severa actitud de la Fiscalía llevó a que organizaciones como la Plataforma por las Víctimas de las Desapariciones Forzadas del Franquismo, tras solicitar a «todas las Instituciones y poderes públicos, en particular a la Fiscalía General del Estado, (...) que consideren detenidamente la extrema seriedad y gravedad de las violaciones y crímenes contra la humanidad cometidos en el trágico pasado histórico de nuestro país y (...) que asimismo muestren la debida sensibilidad democrática ante el dolor, sufrimiento y olvido infligidos a los familiares y sus legítimas demandas para obtener verdad, justicia y reparación por tales crímenes. En consecuencia, (...) ruegan a la Fiscalía General del Estado que se abstenga de formular recurso contra ese histórico Auto del Juzgado de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional española» (55), manifestaran su «desacuerdo absoluto con (la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia) y con el posicionamiento de la Fiscalía que en lugar de perseguir a los criminales lo hace con las víctimas, que con estas decisiones, vuelven a ser agredidas una vez más» (56). Mientras, todo lo acaecido llevó a que otras entidades, como Amnistía Internacional, afirmaran que «difícilmente podrá el Ministerio Fiscal ejercer el rol de garante de los derechos de los ciudadanos, a obtener justicia y reparación, y a satisfacer los intereses de la sociedad, que no queden impunes los responsables de delitos graves de derecho internacional, si no sólo no actúa de oficio sino que, en sus actuaciones, promueve interpretaciones de las leyes que impiden investigar los delitos que se denuncian y que llevan a perpetuar mecanismos de impunidad, obviando y quebrantando el derecho internacional» (57).

Lo cierto es que, a mi modo de ver, y reiterando mi censura por el tan áspero como innecesario tono con el que el Fiscal Jefe se expresa en múltiples ocasiones ya en su primer recurso (58), no cabe duda de que son muchas y complejas las cuestiones que se abordaban en el Auto de 16 de octubre, de tal suerte que la diversidad de criterios resulta totalmente legítima; pero lo que llama verdaderamente la atención es que la Fiscalía no se limita a disentir en un particular u otro, sino que discute todos y cada uno de los postulados del Magistrado-Juez, se opone a todos, en todo, haciendo uso de una tan exhaustiva como parcialmente contradictoria (59) batería de mecanismos procesales prácticamente inédita, en el fondo y en la forma, en el devenir de la Audiencia Nacional. Actitud que, a la postre, y en palabras de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCEL, ha sido caracterizada como «un abuso de derecho, una actividad procesal compulsiva y duplicada que no puede ampararse» (60), que además en alguno de sus extremos más significados «se ha tramitado a espaldas de las partes personadas en nom-



bre, precisamente, de las víctimas» (61), y cuya motivación última bien pareciera ser simplemente «poner fin al proceso» (62).

A todo lo expuesto podríamos agregar que, a mi entender, y en más aspectos de los deseables, la acción del Ministerio Fiscal se ha fundamentado en argumentos ciertamente sorprendentes. Pongamos un muy ilustrativo ejemplo: Al hilo de la discusión sobre la Ley de Amnistía de 1977 (63), el Fiscal Jefe sostiene lo que sigue: «No debe olvidarse, por último, para quienes cuestionan la vigencia de la Ley de Amnistía —mediante su equiparación a las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida” promulgadas en la República Argentina en 1986 y 1987 durante el Gobierno “Alfonsín”, o a otras normas de similar naturaleza adoptadas en otros países como Chile o Perú, claramente ilegales a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que mientras estas últimas pueden ser calificadas abiertamente como “leyes de impunidad”, al haber sido dictadas, y en gran medida impuestas bajo la amenaza de golpe militar, con la finalidad de evitar la persecución penal por los gravísimos crímenes perpetrados por los aparatos del Estado durante la Dictadura militar del período 1976-1983 y eximir de responsabilidad a sus partícipes, la Ley de Amnistía fue, en todo su proceso de gestación y aprobación, una exigencia de las fuerzas políticas democráticas, ampliamente respaldada por la sociedad española, y aprobada por las Cortes nacidas de las primeras elecciones democráticas celebradas el 15 de junio de 1977, las mismas Cámaras parlamentarias que redactaron y aprobaron la Constitución de 1978. Resultaría, pues, un absoluto disparate jurídico cuestionar la legitimidad de origen de esa norma y, lo que es peor, atribuirle el estigma de “Ley de impunidad”» (64).

Desde luego, y sin plantearme siquiera usar calificativos tan gruesos como «disparate jurídico», en mi humilde opinión lo que sí resulta difícilmente sostenible a día de hoy, al menos desde una perspectiva que respete los fundamentos básicos del Derecho internacional, es la valoración de una norma interna exclusivamente en función de quién la ha aprobado, o en atención a sus pretendidos motivos, supuestas presiones o respaldos, y no así sobre la base de su estricto contenido. Y a este respecto, bastará acudir un instante por ejemplo a la Ley de Amnistía Uruguaya, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (65), no sólo aprobada por el legislador al uso, sino incluso por referendo popular (66); hecho que, como es lógico, no obstó para que, entre otros, el Comité de Derechos Humanos nos compartiera «... su honda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del Pacto. A ese respecto, el Comité destaca la obligación que tienen los Estados

partes en virtud del párrafo 3 del art. 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité observa con honda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de Caducidad viola el art. 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el art. 7 en relación con los familiares de esas personas» (67). Y desde aquí, demos ahora un paso más para dotar de completo sentido a uno de los documentos que recogimos *supra*; o, en otro término, avancemos hasta el 27 de octubre de 2008, día en el Comité de Derechos Humanos, al examinar el quinto informe periódico de España, nos señaló que «... aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, está preocupado por el mantenimiento en vigor de la Ley de Amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala a la atención del Estado parte sus observaciones generales n.º 20, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto, y n.º 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto (68). El Comité, aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado, parte en el sentido de que la Ley de la Memoria Histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos (69) observa con preocupación las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas. El Estado parte debe: a) considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977; b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales; c) prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura, y d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas» (70).

Cabría decir mucho más sobre el particular de la Ley de Amnistía de 1977, pero ahora no podemos detenernos más en esta cuestión (71). Aunque con lo señalado sí quisiera destacar que, en definitiva, si el Fiscal Jefe consideraba oportuno

entrar (por ejemplo) en el debate acerca de la licitud (internacional) de la Ley de Amnistía de 1977, pese a que a mi juicio es un asunto que no admite gran discusión teórica (72), es muy probable que hubiera sido más deseable la articulación de una serie de argumentos que permitieran una confrontación de interpretaciones sosegada (73), y no así, invertir energías en la invocación de desafortunados e innecesarios calificativos genéricos sobre los postulados defendidos en el Auto del 16 de octubre; lo que subrayo, sólo invita a encender más los ánimos de unos y otros, como bien ilustra el implacable contenido del posterior Auto del Magistrado-Juez Garzón de 18 de noviembre (74). En el mismo sentido, entiendo que deberían ser valoradas ciertas caracterizaciones de la fiscalía acerca de la conformación de «una especie de *inquisitio generalis* difícilmente compatible con el alcance, límites y fines del proceso penal en un Estado de Derecho» (75), afirmación que es objeto de igualmente áspere respuesta por parte del titular del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 (76); todo ello, en fin, en una espiral que todos deberíamos lamentar profundamente.

Con todo, si dejamos de lado esta serie de despropósitos, no cabe duda de que la actuación del Magistrado-Juez Garzón y del Fiscal Jefe de la Audiencia habían puesto sobre la mesa muy relevantes cuestiones jurídicas, no exentas de amplia polémica entre los especialistas. Así, por ejemplo, la fecha crítica a partir de la cual afirmar la existencia de responsabilidad penal individual para determinados crímenes de derecho internacional; la adecuada interpretación del principio de legalidad penal/principio de irretroactividad justamente tras la singular articulación defendida por el Tribunal Supremo en el caso *Scilingo* (77); los límites de la regla de la conexividad del poco preciso art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la naturaleza y consecuencias (especialmente presente el problema del *dies a quo*) del crimen de detención ilegal/desaparición forzada de personas; como ya apuntamos, la ajustada interpretación y licitud (internacional) de la Ley de Amnistía de 1977 en relación a determinados hechos criminales; e incluso, hasta el mismo objeto y fin de un proceso penal; sin olvidar, por supuesto, cuestiones específicas como la calificación jurídica de los hechos propios al golpe de Estado de julio de 1936; y la del órgano jurisdiccional competente sobre, en general, hechos cuantitativos y cualitativos como los que aquí nos interesan. Ciertamente, como indicamos *supra*, el Magistrado-Juez Garzón se había inhibido ya el 18 de noviembre al considerar que el vínculo competencial que construyó, en su Auto de 16 de octubre, había desaparecido al constatare fehacientemente la extinción de la responsabilidad por fallecimiento de los sujetos que hemos referido, pero de la mano del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el asunto estaba ahora sobre la mesa del Pleno de la Sala de Penal.

### III. EL AUTO DEL PLENO DE LA SALA DE LO PENAL DE 2 DE DICIEMBRE DE 2008

Como reflexión inicial, valga apuntar que tras todo lo que hemos visto, lamentablemente no debiera sorprender demasiado que en los medios de comunicación se considerara digno de ser resaltado que, en esta ocasión, el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal fue «una resolución eminentemente técnica» (78). En realidad, en sus apenas doce páginas, este Auto, aunque comienzo subrayando que su contenido «no afecta al legítimo derecho de las víctimas de la Guerra Civil, todas, y la dictadura (...) de recuperar los restos de sus seres queridos, dignificarlos y honrar su memoria» (79), olvidando al tiempo algunos otros de sus derechos que, desde luego, sí podían verse afectados por su decisión, acoge parcialmente en sus últimas consideraciones, y aun bajo curiosa formulación, lo sostenido por el Magistrado-Juez Garzón en su Auto de 18 de noviembre (80), planteamiento que, en esencia, es solamente compartido casi en su totalidad por el Magistrado MARTÍN LAZARO (81), si bien, en realidad centra su atención en dos aspectos singulares: En primer lugar, en el modo de entender, aplicar y/o interpretar el oscuro art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (82); y, una vez concluido que el mismo es plenamente operativo en este caso, y que la propia Sala de lo Penal es el «tribunal superior» al que le corresponde resolver, en segundo lugar se concentra en la calificación jurídica de lo ocurrido en el «levantamiento militar del 17 y el 18 de julio de 1936». En este punto, y pese a que en el mismo Auto se subraya que no se entraría en el «carácter delictivo de los hechos» (83), para el Pleno éstos habrían de ser caracterizados, en todo caso, como delito de rebelión, y no así como delito/s contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno (84), esto es, como es sabido, la figura sobre la que el Magistrado-Juez Garzón había anclado su competencia. De este modo, casi en un abrir y cerrar de ojos, el Pleno de la Sala de lo Penal, como ya advertimos, terminará declarando «la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción número cinco para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el Auto de 16 de octubre de 2008 y, en consecuencia, dejará sin efecto todos los actos y resoluciones posteriores, incluido el auto de 18 de noviembre de 2008 [salvo aquellas diligencias que se consideren “necesarias para comprobar el delito, y aquellas otras que considere de reconocida urgencia (...) entendiéndose que en dicha categoría se comprenden aquellos actos de instrucción cuya realización no pudo posponerse hasta que se decidiera sobre la competencia porque su no ejecución hubiera supuesto la pérdida de elementos esenciales para la investigación criminal...” (85)], sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales» (86).

Ahora bien, el Auto ni aclara realmente cuáles son aquellas diligencias, y en qué

aspectos específicos, que no se declaran nulas, ni indica nada concreto acerca de la existencia, o no, de una obligación de investigar los hechos a examen a cargo de unos u otros órganos jurisdiccionales del Estado (87). Por su parte, y respecto a lo actuado con anterioridad al 16 de octubre, el Pleno indica que pueden considerarse diligencias a prevención, con lo que en principio, no habrán de quedar afectadas por la falta de competencia declarada (88).

Del otro lado, como ya hemos ido reseñando, este Auto contiene cuatro votos particulares, tres de ellos específicamente discrepantes; aunque, en todos ellos, lo cierto es que no parece compartirse la calificación jurídica que adelanta y defiende el Pleno. Así, para el Magistrado MARTÍN LÁZARO «los hechos no pueden ser considerados como delitos contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno, sancionados en los arts. 402 a 509 del CP, no ya por su naturaleza sino porque, como se desprende de las actuaciones, los presuntos autores de tan gravísimos crímenes han fallecido (...) lo que impide su calificación jurídica y también la atribución de la competencia a la Audiencia Nacional» (89); por su parte, los Magistrados PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCEL, disienten frontalmente advirtiendo, en primer lugar, que «el objeto del proceso se encuentra en permanente evolución en la fase previa de investigación, hasta el auto de procesamiento, momento en el que se produce una identificación aproximada de dicho objeto fáctico» (90), y en cualquier caso, afirmando que «estas conductas estarían comprendidas actualmente en distintos apartados del art. 472 del presente Código, bajo la rúbrica de delito de rebelión, pero sin que ello implique la pérdida de su condición de delitos contra la forma de Gobierno a los efectos del art. 65 de la LOPJ, como históricamente así han tenido esas conductas, incluido el Código Penal, texto refundido de 1944. El vínculo de competencia lo es claramente la existencia de un delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno, apartado a) del art. 65.1 LOPJ que, en su primera aproximación, con el carácter de enjuiciamiento provisional típico de la fase inicial del proceso, aparece como una calificación razonable y suficiente. No compartimos el argumento del auto sobre el delito de rebelión, entonces también tipificado, que lo considera como delito ajeno a los que atentan contra la forma de Gobierno, ya que supone un intento de traducción que no respeta la equivalencia de conductas, modalidades de acción, los fines y los bienes jurídicos protegidos» (91).

En realidad, no cabe duda de que el extraordinario cauce escogido por el Ministerio Fiscal limitaba singularmente el ámbito de actuación del Pleno de la Sala de lo Penal, como, dicho sea de paso, expresamente se denuncia en el voto dis-

crepante (92); pero precisamente los autores del mismo sí que profundizan en la cuestión clave en este momento: la competencia de la Audiencia Nacional. En todo caso, conviene destacar que acometen tal labor con la intención de ofrecer distintas alternativas posibles, no

**No cabe duda de que el cauce escogido por el Ministerio Fiscal limitaba el ámbito de actuación del Pleno de la Sala de lo Penal, como expresamente se denuncia en el voto discrepante; pero precisamente los autores del mismo sí que profundizan en la cuestión clave la competencia de la Audiencia Nacional**

tratando de cerrar definitivamente este particular, cuestión que, a mi juicio, debería sustanciarse, cuanto menos, a lo largo del desarrollo ordinario de la instrucción, y no así, y a pesar de lo sostenido por el Pleno, ventilarse en un procedimiento extraordinario sin participación de las víctimas-denunciantes. Así, para estos tres Magistrados son varios los criterios que podrían determinar la competencia de la Audiencia Nacional en los hechos que nos ocupan, a saber: 1) Como ya dijimos, la existencia de un delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno (93); 2) En el caso de optar por la calificación de rebelión, lo previsto en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (94); 3) En relación a los crímenes cometidos en el contexto de los ya citados «niños perdidos», al haber sido perpetrados parcialmente en el extranjero, lo dispuesto en los arts. 23.2 y 65.1 e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (95); 4) La calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad cometidos por grupo armado (rebelde), vía la misma Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (96); 5) La determinación de los hechos como delitos de terrorismo (97), y 6) Como nosotros mismo destacamos entonces (98), la integración por analogía siguiendo la pauta marcada por el Tribunal Supremo en el caso *Scilingo* (99).

Con todo, a la vista de la mayoría alcanzada en el seno del Pleno de la Sala de lo Penal, tales consideraciones quedarían, por el momento, bien descartadas, bien ignoradas, lo que llevará a estos tres Magistrados a concluir, no sin cierto amargor, decepción y/o pesimismo, que «la declaración de incompetencia del Juez Central de Instrucción que venía conociendo, y de la propia Sala de lo Penal de esta Audiencia, junto con la anulación de todos los actos posteriores, deja al proceso sin sede en la jurisdicción española» (100). Sobre este particular reflexionaremos en el siguiente y último apartado.

#### IV. VALORACIÓN FINAL: LA INCERTIDUMBRE COMO RESPUESTA

El Magistrado-juez Garzón señalaba, en su Auto de 18 de noviembre, que había «dado los primeros pasos, absolutamente urgentes y necesarios, para posibilitar la acción de la justicia y (...) para permitir que la actividad procesal continúe a fin de no perjudicar a las víctimas que, se intuye, deben estar cuando menos perplejas de la situación procesal de la causa» (101); perplejidad que no me cabe la menor duda, se ha visto severamente intensificada tras la misma decisión del Pleno de la Sala de lo Penal. Por su parte, los Magistrados PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCEL, además de advertir que «la actitud renuente y claudicante de la jurisdicción española,

vista desde una perspectiva internacional, a cumplir sus obligaciones de investigación pronta y eficaz en relación con crímenes que afectan e interesan al conjunto de la humanidad, puede abrir la puerta a la actuación internacionalmente legítima de cualquiera otra jurisdicción que se considere competente, de forma concurrente o complementaria con la española, en la persecución de los crímenes (de) derecho internacional acacidos en este país» (102), ya vimos que apuntaban hacia un potencial escenario en el que, tras todo lo visto, se vea comprometida la responsabilidad internacional del Estado español (103). Aspecto sobre el que resulta oportuno recordar aquí algunos extractos de la Observación General Número 31 del Comité de Derechos Humanos (104), que debe ser leída conjuntamente con los números 18 (105) y 28 (106), esto es, que: «Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) (...), están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte. (...) Aunque el párrafo 2 del art. 2 (107) permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto, de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado (...) 15. El párrafo 3 del art. 2 (108) exige que, además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto, los Estados Partes garanticen que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar esos derechos. Esos recursos deben adaptarse de manera adecuada para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas, con inclusión en particular de los niños. El Comité atribuye importancia al establecimiento por los Estados Partes de mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos

con arreglo al derecho interno. El Comité advierte que el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional (109). Se requieren en particular mecanismos administrativos para dar efecto a la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales. (...) La falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto...» (110).

A pesar de todo, lo que finalmente hemos vivido y/o presenciado en este trepidante mes y medio no ha hecho sino colocarnos en una (nueva) situación en la que la inmensa mayoría de las cuestiones controvertidas suscitadas entre el Magistrado-juez Garzón y el Fiscal Jefe de la Audiencia han quedado sin respuesta alguna; en un escenario en el que no parece sencillo concluir acerca de cuál, si es que hay alguno, sería el órgano u órganos jurisdiccionales competentes en España para investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes contra la humanidad cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo; ante un panorama en el que aunque se siga la senda de acudir a las diversas jurisdicciones territoriales (como ya se hizo, dicho sea de paso, antes de concurrir en la Audiencia Nacional), nada (vuelve a) indicarnos que éstas vayan a seguir una interpretación uniforme de las normas en liza, ya en la línea de lo sostenido en su momento por el Magistrado-juez Garzón, ya en consonancia con lo defendido por el Ministerio Fiscal, ya en una posición entre ambas posturas; y todo ello, en un contexto en el que cada vez parece menos descartable que, de un lado, los tribunales de otro Estado se vean impedidos a actuar en lo que ahora nos interesa, y del otro, en el que la responsabilidad internacional del Estado español se termine por ver comprometida.

Concluyendo entonces, si nos acogemos al literal de la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal, tras más de siete décadas del inicio de la Guerra Civil, más de tres decenios del inicio formal de la transición política española, y después de estos últimos noventa días de frenética actividad, lo único que sabemos por instancia judicial es que el golpe de Estado de julio de 1936 fue un delito de rebelión y que la Audiencia Nacional no es competente para, por el momento, investigar los crímenes (conexos) de derecho internacional que se pudieran haber cometido a partir de entonces, durante la Guerra Civil y el franquismo. Todo lo demás, se mantiene en una (nueva) incertidumbre, que no debería resultar menos censurable por ya padecida en otras experiencias similares en el mundo. ■



## NOTAS

(1) Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, Razonamiento Jurídico Primero. A este respecto, y dejando por el momento la valoración del contexto en que se sostuvieron, es interesante reproducir en este punto algunas ilustrativas consideraciones del posterior Auto de 18 de noviembre: «La investigación es muy compleja, de acuerdo; presenta muchas dificultades de prueba, por el tiempo transcurrido, de acuerdo; es difícil que existan autores vivos, posiblemente, pero no imposible en vista de que existen víctimas vivas; será una cuestión diferente la del enjuiciamiento en función de la edad...». Vid. Auto de 18 de noviembre de 2008, Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, pág. 132.

(2) Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Primero, párr. 1. En sentido similar, véase el Razonamiento Jurídico Decimocuarto.

(3) Vid. Voto particular discrepante de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL, al Auto de 2 de diciembre de 2008, Procedimiento ordinario número 53/08 del Juzgado Central de Instrucción N.º 5, Expediente número 34/08, Cuestión de competencia del art. 23 LECR, del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, párr. I.1.

(4) Vid. Idem.

(5) Véase, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo», en Diario La Ley, Sección Doctrina, año XXIX, núm. 7054, 12 de noviembre de 2008.

(6) Cfr. Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit.

(7) Cfr. Auto de 17 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 0000399 / 2006 E, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional.

(8) Cfr. Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2008. Original en poder del autor.

(9) Vid. Ibid., Primer Otrosí.

(10) Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit. Razonamiento Jurídico Decimosexto. Sobre el potencial significado de este Grupo, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional..., op. cit., en especial págs. 5-6.

(11) Cfr. Auto de 23 de octubre de 2008, Sumario (Proc. Ordinario) 0000053/2008 E, del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional.

(12) Vid. Ibid., párrafo dispositivo segundo.

(13) Véanse las páginas siguientes.

(14) A este respecto, como se recuerda en el voto particular discrepante de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL, «al plantear horas después ante la Sala un incidente del art. 23 LECrim., alguna parte con razón ha hablado de descubrimiento a la activación de ese mecanismo, por su desaparición en la práctica del foro, abusó del proceso». Vid. Voto particular discrepante de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL, al Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., párr. III.1.1.

(15) En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros: Derecho Procesal Penal, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, págs. 138 y ss. Dentro del propio procedimiento, véase el voto particular concurrente que formula don Javier Martín Lázaro en el incidente de competencia del art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procedimiento 34/08, formulado en el procedimiento ordinario 53/08 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, 2 de diciembre de 2008, en especial pág. 2.

(16) A este respecto, son interesantes las consideraciones que hace el mismo Pleno de la Sala de lo Penal en su Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., págs. 5-7. Para una interpretación mucho más severa, acúdase al voto particular discrepante de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL, al Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., párr. III.

(17) Cfr. Escrito del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2008, por el que se promueve el incidente previsto en el art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Original en poder del autor.

(18) Vid., art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(19) Con todo, en lo que ahora nos ocupa, véase lo que señala en concreto el Pleno de la Sala de lo Penal en el Razonamiento Jurídico Sexto de su Auto de 2 de diciembre de 2008. Para más datos, consúltese el apartado III de este trabajo.

(20) En este sentido, es interesante lo apuntado por el voto particular discrepante de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL, al Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., párr. III.1.2.

(21) Las más señaladas en Cáceres, Granada, Valencia (en el cementerio general), y en los cementerios mallorquines de Porreres y Calvià, en el de Aguilar de la Frontera en Córdoba, y en el Valle de los Caídos.

(22) Llamativamente, el mismo Fiscal Jefe destaca este hecho, en su recurso de 20 de octubre, en el que dice textualmente: «Esas medidas de localización, identificación, exhumación y traslado de restos de desaparecidos también pueden ser acordadas en el proceso penal por el Juez Instructor al amparo de los arts. 13, 326 y ss., y 334 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y debe quedar constancia expresa de que el Ministerio Fiscal nunca se ha opuesto a su adopción en sede jurisdiccional, razón por la cual no consideró procedente la interposición y formalización de recurso alguno contra las providencias de 28 de Agosto y de 25 de Septiembre». Vid. Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, doc. cit., pág. 7.

(23) En atención a su denominación oficial: Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, en BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007. Aunque en las próximas páginas apuntaremos algunas cuestiones sobre este particular, para no repetir argumentos ya expuestos acerca de esta Ley y lo que en ella se dispone, invito al lector interesado en mi argumentación y postura crítica a acudir a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional», en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 45, enero-junio de 2007; «Transición española y Justicia Transicional: ¿Qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un

proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política española», en GÁLVEZ BIESCA, S. (coord.): La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo, Número monográfico de Entelequia, Revista Interdisciplinar, núm. 7, septiembre de 2008; «La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la "Ley de Memoria Histórica"», en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Foro, Nueva Época, núm. 7/2008, en especial págs. 52-55; «Justicia Transicional, "Memoria Histórica", y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española», en Revista de Derecho de Extremadura, núm. 4, enero/abril de 2009 (en prensa). Así como a la amplia bibliografía que se recoge en estos trabajos. En el momento de redacción de este trabajo se ha conocido el «Borrador de Protocolo de actuación en exhumaciones», que pretende desarrollar lo previsto en el art. 12.1 de la Ley 52/2007. Su contenido, a mi juicio, es tan decepcionante como el de la misma Ley en este punto, al continuarse apostando porque sean los familiares-víctimas de desaparición forzada los que arrostran con la carga principal en esta labor. Cfr. Borrador de Protocolo de actuación en exhumaciones, 3 de diciembre de 2008. Original en poder del autor.

(24) Vid. Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, doc. cit., pág. 7.

(25) En concreto, Valerico CANALES, Celestino PUEBLA, Emilio CARO, Flora LABAJOS, Pedro Ángel SANZ, Román GONZÁLEZ y Víctor BLÁZQUEZ, miembros de la Casa del Pueblo de Pajares de Adaja (Ávila), y Fidel CANALES, quien estuvo enterrado en el cementerio de Griñón (Madrid) hasta que el 30 de diciembre de 1968 sus restos fueron llevados al Valle de los Caídos.

(26) Cfr. Escrito de ampliación de 7 de noviembre de 2008 al escrito de 21 de octubre de 2008. Original en poder del autor.

(27) Vid. Ibid., párr. 4.

(28) Cfr. Auto de 7 de noviembre de 2008, Procedimiento Ordinario 53/08 del Juzgado Central de Instrucción N.º 5, Cuestión de incompetencia expediente número 34/08, del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

(29) Vid. Ibid., párrafo decisorio segundo.

(30) En concreto, los Magistrados Palacios Criado, Fernández Prado, Barreiro Avellaneda, Martínez Lázaro y Sáez Valcárcel.

(31) Vid. Voto particular de los Magistrados Palacios Criado, Fernández Prado, Barreiro Avellaneda, Martínez Lázaro y Sáez Valcárcel, al Auto de 7 de noviembre de 2008, doc. cit., párr. 4.

(32) Cfr. Auto de 1 de diciembre de 2008, Expediente núm. 34/2008, Cuestión de competencia del artículo 23 LECrim., del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

(33) Esta querrela se ampliará el 27 de noviembre.

(34) Cfr. Auto de 18 de noviembre de 2008, doc. cit.

(35) En concreto, Francisco Franco BAHAMONDE, Miguel CABANELLAS FERRER, Andrés SALIQUET ZUMETA, Miguel

Ponte MANSO DE ZÚÑIGA, Emilio MOLA VIDAL, Fidel DÁVILA ARRONDO, Federico MONTANER CANET, Fernando MORENO CALDERÓN, Francisco MORENO FERNÁNDEZ, Germán GIL Y YUSTE, Luis ORGAZ YOLDI, Gonzalo QUEIPO DE LLANO Y SIERRA, Francisco GÓMEZ-JORDANA Y SOUZA, Francisco FERMOZO BLANCO, Luis VALDÉS CABANILLA, Nicolás FRANCO BAHAMONDE, Francisco de ASÍS SERRAT I BONASTRE, José CORTÉS LÓPEZ, Ramón SERRANO SÚÑER, Severiano MARTÍNEZ ANIDO, Tomás DOMÍNGUEZ ARÉVALO, Raimundo FERNÁNDEZ CUESTA y MERELO, Valentín GALARZA MORANTE, Esteban BILBAO y EGUIA, José Luis ARRESE y MAGRA, Juan YAGÜE BLANCO, Salvador MORENO FERNÁNDEZ, Agustín MUÑOZ GRANDES, José Enrique VARELA IGLESIAS, Juan Vigón SUERO DÍAZ, Blas PÉREZ GONZÁLEZ, Carlos Asensio CABANILLAS, Eduardo AUNÓS PÉREZ, Eduardo GONZÁLEZ GALLARZA, Francisco REGALADO RODRÍGUEZ, Manuel HEDILLA LARREA, Tomás DOMÍNGUEZ ARÉVALO, Darío GAZAPO VALDEZ, Tomás DOLZ del ESPEJO, Joaquín MIRANDA, Luis ARRELLANO DIHINX, Ernesto JIMÉNEZ CABALLERO, Pedro GONZÁLEZ BUENO, Fernando GONZÁLEZ VÉLEZ y Ladislao LÓPEZ BASSA.

(36) Vid. Auto de 18 de noviembre de 2008, doc. cit., párrafo dispositivo segundo.

(37) Vid. Ibid., párrafo dispositivo tercero.

(38) Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional...», op. cit., en especial pág. 5.

(39) Cfr. Auto de 18 de noviembre de 2008, doc. cit., págs. 6-10, 50-75.

(40) En este sentido, véase nota 74.

(41) Véase el apartado III de este trabajo.

(42) Vid. Auto de 18 de noviembre de 2008, doc. cit., págs. 73-74.

(43) Sobre el mismo, véase lo señalado en la nota 23.

(44) Vid. Auto de 18 de noviembre de 2008, doc. cit., párrafo dispositivo sexto.

(45) Cfr. Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit.

(46) Vid. Ibid., págs. 11-12.

(47) Sobre la decisión a la que se refieren en este punto, véase apartado siguiente.

(48) Vid. Voto particular discrepante de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL, al Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., págs. 16-17.

(49) Cfr. Providencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2008, Recurso: 006 / 0020544/2008. Para más datos, véase apartado III.

(50) El mismo Fiscal Jefe, en su recurso de 20 de octubre, atacaba el uso de este concepto al afirmar que: «No es aceptable, por tanto, que el órgano judicial predetermine el resultado, y en cierta forma ya lo había hecho al practicar diligencias que suponían una aceptación implícita de la competencia, y adapte todo el proceso de aplicación e interpretación de las normas a la consecución de ese resultado previamente determinado, salvando de esta manera "los escollos" (expresión que emplea el fundamento jurídico 7.º del auto) impositivos de una aplicación racional del ordenamiento jurídico». Vid. Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, doc. cit., pág. 1. Por su parte, el Magistrado-Juez Garzón se defendió de estas consideraciones sosteniendo que: «El término "escollo", que llama la atención del Ministerio Público, según el diccionario de la lengua española, significa dificultad u

obstáculo. Realmente no se atisba a descifrar por qué el Fiscal hace mención a este término que, de acuerdo con su significado y en el contexto usado (Razonamiento Jurídico Séptimo) lo único que explicita son las dificultades o temas a resolver mediante la interpretación de las diferentes normas jurídicas en juego. ¿Acaso es otra la función del órgano jurisdiccional y la de las demás partes en el proceso que la de interpretar las normas para superar las dificultades u obstáculos procesales derivados de la naturaleza de los hechos y de esta manera aplicar la norma correcta al caso estudiado?», Vid. Auto de 18 de noviembre de 2008, doc. cit., págs. 127-128.

(51) Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Séptimo.

(52) Vid. Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico 0.

(53) Cfr. *Ibid.*

(54) Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional...», op. cit.

(55) Vid. PLATAFORMA POR LAS VÍCTIMAS DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS DEL FRANQUISMO: «Nota de Prensa», 18 de octubre de 2008. Original en poder del autor (algunos de los documentos de la entonces Plataforma pueden consultarse on-line en <http://memoriadesaparecidos.blogspot.com>).

(56) Vid. PLATAFORMA POR LAS VÍCTIMAS DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS DEL FRANQUISMO: «Comunicado Público tras la Jornada de Trabajo de Asociaciones de la Memoria en Barcelona», 15 de noviembre de 2008. Original en poder del autor (parte de los documentos de la entonces Plataforma pueden verse en <http://memoriadesaparecidos.blogspot.com>).

(57) Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL: «ESPAÑA: La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la guerra civil y el franquismo», noviembre de 2008, Índice AI: EUR410008-20809, págs. 9-10.

(58) Cfr., a modo de ejemplo, Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, doc. cit., págs. 1, 8-13, 34, 40.

(59) Al margen del distinto criterio mostrado en otros procesos, en relación al devenir de esta causa es este hecho el que probablemente sea el más duramente criticado por el Magistrado-Juez Garzón en la extremadamente severa respuesta que redactará en su Auto de 18 de noviembre. Para más datos, véase nota 74.

(60) Vid. Voto particular discrepante de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL, al Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., párr. III.1.1.

(61) Vid. *Ibid.*, párr. III.

(62) Vid. *Ibid.*, párr. III.3. En el mismo sentido, véase párr. V.2.

(63) Ley 46/1977 de Amnistía, BOE Número 248, de 17 de octubre de 1977.

(64) Vid. Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, doc. cit., pág. 34.

(65) Ley No. 15848, aprobada el 22 de diciembre de 1986.

(66) Para más datos sobre esta medida y su proceso de aprobación, puede acudirse a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J: Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana,

Parthenon, Madrid, 2007, págs. 396-399; así como al más restringido, «Modelos de persecución penal y Justicia Transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: Impunidad fáctica, amnistías, e indultos», en CAPELLÀ i ROIG, M. y GINARD i FERÓN, D. (coords.): Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica, Ediciones Documenta Balear, Palma de Mallorca, 2009 (en prensa); y especialmente a toda la bibliografía que se recoge en ambos trabajos.

(67) Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: «Observaciones finales del Comité de derechos Humanos: Uruguay», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párr. 1. Véase igualmente, la anterior decisión en el «Caso Hugo Rodríguez, (Uruguay)», Comunicación No. 322/1988, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994. Para más detalles sobre todo este particular, además de los trabajos citados en la nota anterior, en relación a España puede acudirse a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: Normas de amnistía y derecho internacional: Un re-examen de la Ley de Amnistía española de 1977 tras los últimos avances y retrocesos en la materia (en prensa).

(68) Para más datos sobre estos documentos, consúltense el apartado final de este trabajo.

(69) Sobre este aspecto, véase nota 23.

(70) Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: «EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES CON ARREGLO AL ART. 40 DEL PACTO. Observaciones Finales: España», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/ESP/CO/5, 27 de octubre de 2008, párr. 9.

(71) Para más detalles, véase nota 67.

(72) Para más datos sobre mi perspectiva, consúltense notas 66 y 67. En este mismo sentido, convendría al menos también recordar que la propia Audiencia Nacional no hace tanto afirmó que leyes como las argentinas eran «contraria(s) al ius cogens internacional»; que eran medidas que conllevaban una auténtica «injusticia material (y) determinan un inadmisibles estado de impunidad que se mantiene subsistente hasta el presente». Vid. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005, Sentencia N.º 16/2005, punto 6.2. Sobre la misma, puede verse GALÁN MARTÍN, J. L.: «El Caso Scilingo: breve crónica judicial», en Revista La Ley Penal, n.º 25, año III, 2006; así como CAPELLÀ i ROIG, M.: «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N.º 10, 2005; y OLLÉ SESÉ, M.: «Justicia universal para crímenes internacionales», La Ley, Madrid, 2008, págs. 64-66, cuyas posiciones comparto.

(73) Aunque disiento de las conclusiones de esta autora en este punto, para una posición que mantiene el debate en los términos que aquí defendemos, puede acudirse al reciente trabajo de GIL GIL, A.: La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica, Atelier, Barcelona, 2008, en especial págs. 100 y ss. (en prensa). Original en poder del autor.

(74) Cfr. Auto de 18 de noviembre de 2008, doc. cit., págs. 18, 36-39, 44, 74, 78, 79, 81-83, 85, 91, 92, 95-97, y muy especialmente 118-139.

(75) Vid. Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, doc. cit., pág. 8.

(76) Cfr. Auto de 18 de noviembre de 2008, doc. cit., en especial págs. 129-131. El voto particular de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL también critica este aspecto, si bien en términos menos duros. Cfr. Voto particular discrepante de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL, al Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., párr. IV.1.

(77) Sentencia del Tribunal Supremo n.º: 798/2007, de 1 de octubre de 2007. En lo que aquí interesa, sobre esta sentencia puede acudirse a OLLÉ SESÉ, M.: Justicia universal para... op. cit., págs. 64-67, 161-183, cuya posición y conclusiones comparto en este punto. Para una visión parcialmente divergente, puede acudirse a GIL GIL, A.: «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», en Nuevos Desafíos del Derecho penal internacional (en prensa). Original en poder del autor.

(78) Vid. YOLDI, J.: «La Audiencia entierra la causa contra la dictadura y se remite a la ley de memoria», en Diario El País, 5 de diciembre de 2008.

(79) Vid. Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico 0.

(80) En concreto, señala el Auto: «Aun prescindiendo del anterior razonamiento, tampoco es objetivamente competente la Audiencia Nacional para instruir causa criminal en este caso. No lo es porque la responsabilidad criminal de las personas presuntamente responsables es inexigible a la fecha de incoación de las diligencias por estar todas premuertas, de modo que no hubo causa penal contra ellas en momento alguno. Así viene a reconocerlo el instructor en el auto de 18 de noviembre de 2008 al declarar extinguida la responsabilidad criminal por fallecimiento de todos los imputados contra los que seguía la causa». Vid. *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Sexto.

(81) Cfr. Voto particular concurrente que formula don Javier MARTÍN LÁZARO, doc. cit.

(82) Cfr. Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., Razonamientos Jurídicos 0 y Segundo.

(83) Vid. *Ibid.*, Razonamiento Jurídico 0.

(84) Cfr. *Ibid.*, Razonamientos Jurídicos Tercero y Cuarto.

(85) Vid. *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Sexto.

(86) Vid. *Ibid.*, págs. 11-12.

(87) Sobre la posible competencia de otros órganos jurisdiccionales, recuérdese lo mencionado en el segundo apartado de este trabajo.

(88) Cfr. Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Sexto.

(89) Vid. Voto particular concurrente que formula don Javier MARTÍN LÁZARO, doc. cit., pág. 4.

(90) Vid. voto particular discrepante de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL, al Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., párr. IV.1.

(91) Vid. *Ibid.*, párr. IV.1.

(92) Cfr. *Ibid.*, párrs. III.4 y V.2.

(93) Cfr. *Ibid.*, párr. IV.1.

(94) Cfr. *Idem.*

(95) Cfr. *Ibid.*, párr. IV.2.

(96) Cfr. *Ibid.*, párr. IV.3.

(97) Cfr. *Ibid.*, párrs. IV.4 y 5.

(98) Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional..., op. cit., en especial págs. 4 y 5.

(99) Cfr. Voto particular discrepante de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL, al Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., párr. IV.6.

(100) Vid. *Ibid.*, párr. V.3.

(101) Vid. Auto de 18 de noviembre de 2008, doc. cit., pág. 147.

(102) Vid. Voto particular discrepante de los Magistrados DE PRADA SOLAESA, BAYARRUI GARCÍA y SÁEZ VALCÁRCCEL, al Auto de 2 de diciembre de 2008, doc. cit., pág. 16.

(103) Cfr. *Idem.*

(104) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: «Observación General No. 31, La indole de la obligación jurídica general impuesta», Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7, 2004.

(105) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: «Observación General No. 18, No discriminación», Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7, 1989.

(106) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: «Observación General No. 28, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres», Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7, 2000.

(107) «Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter».

(108) «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.»

(109) A este respecto, no debe olvidarse el mandato constitucional contenido en el art. 10.2 de la Constitución española de 1978.

(110) Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: «Observación General No. 31», doc. cit., párrs. 4, 15. Para más datos desde esta perspectiva, puede acudirse al completo documento de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA EL DESARROLLO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS HUMANOS: «Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante el Guerra Civil y la Dictadura», DP 399/2006-E, 30 de abril de 2008, en especial págs. 11 y ss. Original en poder del autor.