



Roj: **ATS 5786/2017 - ECLI:ES:TS:2017:5786A**

Id Cendoj: **28079130012017201151**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2017**

Nº de Recurso: **1002/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **SAN 4195/2016,**
ATS 5786/2017,
STS 2747/2018

AUTO

En la Villa de Madrid, a 5 de junio de 2017

HECHOS

PRIMERO. Con fecha de 2 de noviembre de 2016, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia desestimatoria en el Procedimiento especial de protección de Derechos Fundamentales 6/2015 interpuesto por la representación procesal de doña Esmeralda contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por la que solicitaba el cumplimiento de lo dispuesto en el dictamen número 47/2012, del Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer), la reparación integral por los daños sufridos por la recurrente, incluyendo medidas de garantía de no repetición de los hechos, y una indemnización cifrada en 1.263.470,09 euros.

La Sala fundamentó su pronunciamiento desestimatorio en los siguientes términos:

<< [...] no existe en el ordenamiento jurídico español un procedimiento que posibilite en este caso la eficacia ejecutiva de las recomendaciones contenidas en el dictamen del CEDAW, de modo que aunque para la emisión del referido dictamen del Comité fue parte e intervino el Estado español, oponiéndose a las pretensiones de la hoy demandante, lo cierto es que ha negado a la demandante la indemnización a que se refiere el dictamen del Comité y no consta haya proveído de los mecanismos necesarios para que los derechos de la Convención que ha ratificado puedan ser eficazmente tutelados.

Así las cosas, habiéndose descartado la existencia del supuesto de hecho (un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia) la acción de responsabilidad patrimonial del Estado ahora ejercitada no puede ser acogida, sin que sea de apreciar vulneración de ningún derecho fundamental de la recurrente susceptible de amparar la pretensión formulada en este recurso, dada la naturaleza indemnizatoria de aquélla según resulta de las previsiones contenidas en el artículo 292 de la ley orgánica del poder judicial.

Por lo tanto, como hemos declarado en la sentencia de 10 de diciembre de 2008, y hemos de repetir ahora, este tribunal, aun lamentando profundamente el fatal desenlace, no aprecia que en el caso que nos ocupa existiese un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sino un conjunto de decisiones jurisdiccionales que ponderando las circunstancias concretas, y tras un constante seguimiento del régimen de visitas e informes psicológicos de los padres y de la menor, con intervención del Ministerio Fiscal a lo largo de las actuaciones y con constantes escritos de alegaciones de los progenitores, y permanentes informes de seguimiento emitidos por los servicios sociales resolvieron lo que estimaron conveniente respecto de la



forma en que debía canalizarse la comunicación de un padre separado con su hija, sin que existiesen datos que indicasen que el régimen de visitas que existía implicase peligros para la vida o salud física o psíquica de la menor, por lo que el posterior asesinato de ésta a manos de su progenitor no aparece conectado con funcionamiento anormal alguno del juzgado o de sus agentes colaboradores, de modo que no se aprecia la existencia de los elementos necesarios para declarar la existencia de una responsabilidad patrimonial del Estado>>

SEGUNDO. La representación procesal de doña Esmeralda ha preparado recurso de casación frente a la mencionada sentencia.

En dicho escrito, después de cumplir en debida forma las exigencias que impone el art. 89.2 LJCA, denuncia que la sentencia ha vulnerado los artículos 10.2, 96, 106.2 y 121 de la Constitución; los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; la Ley 30/1992; el Real Decreto 429/1993 que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial; el artículo 29 de la Ley de Tratados y Acuerdos Internacionales del 28 de noviembre de 2014; los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; los artículos 4.2, 5, 15, 18 y 30 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; las Recomendaciones del Consejo de Ministros a los Estados del Consejo de Europa -Rec (2005) sobre protección de las mujeres contra la Violencia- y Rec (2007) - sobre normas y mecanismos de igualdad entre hombres y mujeres-; la Decisión 47/2012 del Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 2.a), b), c), d). e) y f), 5ª) y 16.1.d); la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a Convenios y Tratados Internacionales; la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y la jurisprudencia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de violencia contra las mujeres

A juicio de la parte recurrente el recurso que se prepara presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque concurre la presunción establecida en la letra a) del artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Expone que es la primera vez que se somete ante esta jurisdicción un Dictamen emanado del Comité CEDAW y su implementación en España y añade que la cuestión planteada trasciende del caso objeto del proceso porque la resolución del recurso generará nueva doctrina en cuanto a la interpretación de tratados internacionales en aras a hacer valer los dictámenes emanados del Comité CEDAW.

Invoca, además, el supuesto de interés casacional contemplado en la letra i) del artículo 88.2 de la LJCA porque la resolución que se impugna ha sido dictada en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

TERCERO. La Administración recurrida se ha personado y se ha opuesto a la admisión del recurso por entender que no concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

CUARTO. Por auto de 31 de enero de 2017 la Sala sentenciadora tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. La decisión que ha de adoptar esta Sección de Admisión en relación con el recurso de casación que se ha preparado requiere señalar, muy resumidamente, las circunstancias que preceden a la sentencia recurrida:

1. En el procedimiento judicial de separación del matrimonio formado por doña Esmeralda y don Aureliano se adoptaron determinadas medidas provisionales en relación con la guarda, custodia y régimen de visitas de la hija del matrimonio, Adriana, nacida en NUM000 de 1996. Concretamente, a tenor del trastorno diagnosticado al padre, se acordó inicialmente una comunicación limitada con dicho progenitor consistente en una hora semanal en un local vigilado y en presencia de una asistente social.

2. En la sentencia de separación -de 27 de noviembre de 2001- se acordó mantener el citado régimen de visitas " durante un plazo de tres meses a contar desde la fecha de la firma de la presente resolución, transcurrido el cual y previo informe favorable del centro que supervisa tales visitas, se establece que el padre podrá gozar de la compañía de su hija durante las tardes de los jueves, desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas sin necesidad de la presencia de asistente social alguno". Se añadía en la sentencia que " este régimen se desarrollará durante otro período de seis meses, transcurrido el cual se fija, siempre que existía un informe



favorable de los servicios sociales correspondientes, como régimen de visitas fines de semana alternos, sin pernocta, desde las 12 horas hasta las 19 horas del sábado y desde las 12 horas hasta las 19 horas del domingo", concluyendo que "transcurrido otro plazo de seis meses el régimen de visitas, previo nuevo informe favorable, se extenderá a fines de semana alternos, con pernocta, desde las 12 horas del sábado hasta las 19 horas del domingo y la posibilidad de extenderlo a mitad de los periodos vacacionales siempre que se considere por los equipos psicosociales correspondientes".

3. El citado régimen progresivo fue efectivamente llevado a efecto -pese a la oposición formalizada por la madre de Adriana - a tenor de diversas resoluciones del Juzgado de Primera Instancia competente (la última, una providencia de 13 de febrero de 2003) amparadas en distintos informes de seguimiento de los servicios sociales, de manera que - transcurrido el período inicial- se autorizó la comunicación del padre con su hija los jueves por la tarde sin la presencia de asistente social alguno.

4. A las 17.00 horas del 24 de abril de 2003 Aureliano recogió a su hija Adriana en el Centro de Servicios Sociales de Mejorada del Campo (en el que había de recoger a la menor todos los jueves desde el 31 de octubre a tenor de las decisiones judiciales mencionadas) y se desplazó con ella a su domicilio, sito en la CALLE000 de la localidad de DIRECCION000, sin que procediera a su devolución a las 20.30 horas como dichas resoluciones ordenaban. Sobre las 02.00 horas del día siguiente, funcionarios de la Unidad Orgánica de Policía Judicial encontraron en ese domicilio los cuerpos sin vida de Adriana y de Aureliano; tras las investigaciones pertinentes, se concluyó que el padre había disparado a la menor en la frente con un revólver ocasionándole la muerte- y que posteriormente se había suicidado empleado la misma arma.

5. Al considerar doña Esmeralda que el fallecimiento de su hija " *se podría haber evitado si la Administración de Justicia hubiese funcionado correctamente manteniendo el régimen de visitas con vigilancia que se estableció en un primer momento para regular la separación matrimonial*", solicitó del Ministerio de Justicia -con fecha 23 de abril de 2004- una indemnización de un millón de euros en concepto de responsabilidad patrimonial - amparada en aquel funcionamiento anormal-, petición que fue rechazada por el Ministerio de Justicia mediante resolución que posteriormente sería declarada ajustada a derecho por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (sentencia de 10 de diciembre de 2008) y por esta misma Sala Tercera al rechazar el recurso de casación deducido contra la misma (sentencia de 15 de octubre de 2010, frente a la que se inadmitió el recurso de amparo por providencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 2011). La *ratio* de aquellos pronunciamientos desestimatorios -que parten del tratamiento diferenciado en nuestro ordenamiento de los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y de error judicial- la encontramos en el fundamento jurídico sexto de la sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2010, citada, según el cual:

" El supuesto de hecho sobre el que la recurrente argumenta el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia se sustenta en que la actuación judicial y de los servicios sociales fue errónea y que la tragedia debió evitarse ya que del análisis de las resoluciones judiciales que se dictaron sobre el régimen de visitas de su hija y de los informes en que éstas se basaron se evidencia su desacertada actuación, poniéndose de relieve que se presentaron cuarenta y siete denuncias contra su ex marido que no fueron contestadas. Este supuesto entraña como señala la Sala de instancia un aparente caso de error judicial, cuyo reconocimiento exige según el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial una resolución que expresamente lo reconozca a través del pertinente recurso de revisión ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo órgano jurisdiccional a quien le impute el error judicial".

6. El 16 de julio de 2014 -dando contestación a un escrito presentado por doña Esmeralda con fecha 19 de septiembre de 2012- el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer -CEDAW- establecido en el artículo 17 de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, emitió el Dictamen 47/2012 en el que considera que el Estado español ha infringido los derechos de la solicitante y su hija previstos en los artículos 2. a), b), c), d) e) y f) y 16.1.d) de la Convención y formula al Estado español las siguientes recomendaciones en relación con la solicitante: otorgarle *una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos y llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la autora y su hija.*

7. A la vista de dicho Dictamen, la Sra. Esmeralda interpuso recurso administrativo extraordinario de revisión frente a la resolución del Ministerio de Justicia que había denegado su petición inicial de responsabilidad patrimonial. El recurso fue desestimado mediante acuerdo del Ministro de Justicia de 17 de julio de 2015, impugnado ante la Sala competente de la Audiencia Nacional, que dictó sentencia desestimatoria de 25 de abril de 2016 -recaída en el proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales núm. 2/2015- contra la que ha sido admitido un recurso de casación deducido conforme a la regulación anterior a la derivada de la Ley 7/2015, de 21 de julio, y que actualmente está pendiente de resolución por la Sección Cuarta de esta Sala Tercera.



8. Además, el 6 de febrero de 2015, doña Esmeralda dirigió un escrito al Ministerio de Justicia en el que solicitaba el cumplimiento de lo dispuesto en el dictamen número 47/2012 del Comité de la CEDAW, que se le otorgue una reparación integral que incluya medidas de garantía de no repetición por los daños sufridos y que se le abone, en concepto de indemnización, la suma de 1.263.470,09 euros. Ante la falta de contestación expresa a dicha solicitud, interpuso recurso ante la Audiencia Nacional por el procedimiento especial previsto en los artículos 114 y siguientes de nuestra Ley Jurisdiccional, órgano que dictó la sentencia ahora recurrida en la que se rechaza la pretensión actora por entender (i) que no existe en nuestro ordenamiento un procedimiento que permita la eficacia ejecutiva de las recomendaciones del CEDAW, (ii) que no se aprecia un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia a la vista de las actuaciones y decisiones judiciales que constan en autos y (iii) que no hay vulneración alguna de derechos fundamentales habida cuenta del carácter indemnizatorio de la pretensión que se ejercita.

SEGUNDO. Cumplidas las exigencias que impone al escrito de preparación el artículo 89.2 LJCA, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo entiende, coincidiendo en ello con la parte recurrente, que el recurso presenta, efectivamente, interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Como hemos señalado en el razonamiento anterior, la sentencia recurrida deniega la pretensión de la parte actora a tenor de un argumento esencial: la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un procedimiento que permita dotar de eficacia ejecutiva a las recomendaciones contenidas en los dictámenes del Comité previsto en la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España por Instrumento de 18 de diciembre de 1983. Y es que, efectivamente, no ha sido llevada a efecto la idea contenida en el Plan de Derechos Humanos aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008 consistente en aprobar un *Protocolo* de actuación para dar cumplimiento a los Dictámenes y Recomendaciones de los distintos Comités de protección de los Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas.

Conviene detenerse brevemente en lo que constituye la razón de decidir de la sentencia: la Sala *a quo* rechaza que exista cosa juzgada -a pesar de constatar que una pretensión indemnizatoria deducida por la interesada en atención a los mismos hechos fue desestimada por sentencia firme anterior- por entender que la que ahora se formula " *se fundamenta sustancialmente en el dictamen del Comité*".

Quiere ello decir, por tanto, que la sentencia recurrida *admite* la posibilidad de efectuar una reclamación indemnizatoria amparada en el Dictamen del repetido Comité, pero *desestima* su procedencia por la sola razón de que no existe vía adecuada en nuestro Derecho para ejecutar las disposiciones contenidas en un Dictamen -como el emitido por aquel órgano- en el que se recomienda al Estado español, entre otras cosas, que otorgue a la actora " *una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos*".

Resulta, a nuestro juicio, necesario un pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre las siguientes cuestiones:

1. Cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer), emitidos en los términos y por el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención -ratificado por España-, cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nuestras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención.
2. O sí, como sostiene la sentencia de instancia, la inexistencia de un procedimiento en el ordenamiento español que posibilite dotar de eficacia ejecutiva a aquellas recomendaciones y la ausencia de mecanismos necesarios para la tutela eficaz de los derechos reconocidos en la Convención no permiten exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes, más allá de la posible revisión -por los cauces correspondientes- de la decisión del Estado español de denegar la reparación solicitada.

Concurre el necesario interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia por cuanto sobre las cuestiones planteadas no se ha pronunciado la Sala Tercera del Tribunal Supremo, supuesto previsto en el artículo 88.3.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a lo que cabría añadir que la sentencia recurrida ha sido dictada en el seno de un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, lo que nos permite acudir a la circunstancia que prevé el artículo **88.2.i)** de dicho texto legal.

TERCERO. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Esmeralda contra la sentencia de 2 de noviembre de 2016, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el Procedimiento especial de protección de Derechos Fundamentales núm. 6/2015.



Y, a tal efecto, precisamos que las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las mencionadas en el razonamiento jurídico anterior -relativas a la forma de dotar de eficacia a los Dictámenes del Comité que nos ocupa- y señalamos, además, que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las contenidas en los artículos 10 y 96 de la Constitución Española, en relación con los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, el artículo 29 de la Ley 54/2014, de 27 de noviembre, y lo dispuesto en la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España por Instrumento de 18 de diciembre de 1983, y su Protocolo Facultativo, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999 y ratificado por España mediante Instrumento de 14 de marzo de 2000.

CUARTO. Conforme a lo dispuesto en el art. 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 1002/2017:

La Sección de Admisión acuerda:

Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Esmeralda contra la sentencia de 2 de noviembre de 2016, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el Procedimiento especial de protección de Derechos Fundamentales 6/2015.

Segundo. Precisar que las cuestiones en las que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

1. Cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer), emitidos en los términos y por el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención -ratificado por España-, cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nuestras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención.

2. O si, como sostiene la sentencia de instancia, la inexistencia de un procedimiento en el ordenamiento español que posibilite dotar de eficacia ejecutiva a aquellas recomendaciones y la ausencia de mecanismos necesarios para la tutela eficaz de los derechos reconocidos en la Convención no permiten exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes, más allá de la posible revisión -por los cauces correspondientes- de la decisión del Estado español de denegar la reparación solicitada.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los artículos 10 y 96 de la Constitución Española, en relación con los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, el artículo 29 de la Ley 54/2014, de 27 de noviembre, y lo dispuesto en la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España por Instrumento de 18 de diciembre de 1983, y su Protocolo Facultativo, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999 y ratificado por España mediante Instrumento de 14 de marzo de 2000.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis María Díez-Picazo Giménez D. Manuel Vicente Garzón Herrero D. Segundo Menéndez Pérez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco D. Diego Córdoba Castroverde D. José Juan Suay Rincón D. Jesús Cudero Blas