

DAVID FRENTE A GOLIAT: EL SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN TELA DE JUICIO¹

Virginia Mayordomo Rodrigo*

Resumen: El asesinato de una niña a manos de su padre, al haberle sido retirada contra la voluntad de su madre la vigilancia en las visitas, lleva a cuestionar si, en toda situación conflictiva, prima realmente el superior interés del menor. Doce años de batalla judicial por parte de aquélla dieron como resultado que el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la

Recibido: marzo 2020. Aceptado: julio 2020

* Profesora Titular de Derecho Penal. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-5849-6254>

Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco. Paseo Manuel Lardizabal 2. 20018 San Sebastián. Email: virginia victoria.mayordomo@ehu.eus

1 En el marco del Proyecto de Investigación «La integración social del menor víctima a partir de una tutela penal reforzada». Ministerio de Economía y Competitividad. Código del Proyecto: DER2017-83329-R. Duración: 01-01-2018 a 31-12-2020.

Mujer (CEDAW) condenara al Estado español por negligencia en la protección de la menor. España se negó a admitir la resolución de este órgano de control negando valor ejecutivo a la resolución y, en consecuencia, a indemnizar a la madre por anómalo funcionamiento de la Administración de Justicia. No ha sido hasta 2018 cuando el Tribunal Supremo ha considerado que el Estado ha incumplido el mandato constitucional que le obliga a la tutela judicial efectiva y que, por ello, es responsable de ese anormal funcionamiento, teniendo que hacer frente a una indemnización por los perjuicios sufridos por la mujer.

Palabras clave: Responsabilidad, superior interés del menor, protección.

DAVID VS. GOLIATH: THE BEST INTERESTS OF THE CHILD AND THE RIGHT TO AN EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION UNDER SCRUTINY

Abstract: The murder of a girl in the hands of her father, after surveillance during visits was withdrawn against her mother's will, leads to the question of whether, in any conflictive situation, the best interest of the child really prevails. Twelve years of judicial struggle on her part resulted in the United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) condemning the Spanish State for negligence in the protection of the child. Spain refused to admit the resolution of this control body, denying executive value to its opinion and, consequently, to compensate the mother for the anomalous functioning of the Administration of Justice. It has not been until 2018 that the Supreme Court has considered that the State has failed to comply with the constitutional mandate that obliges effective judicial protection and that, therefore, it is responsible for this abnormal functioning, having to face compensation for the damages suffered by the woman.

Keywords: Liability, higher interest of the child, protection.

I. Introducción

Ángela González Carreño era madre de una niña pequeña. Su ex pareja, Felipe Gascón, nunca agredió directamente a la menor, pero aquélla sabía que corría peligro. La justicia concedió a Felipe un régimen de visitas no vigiladas. Como en tantos casos, Andrea fue una herramienta para torturar a Ángela. Las reiteradas peticiones de suspensión de las visitas no le sirvieron ni a Ángela, ni a la niña. En 2003, con ocasión de una visita, Felipe mató a su hija de 7 años y luego se suicidó.

Tras 12 años de batalla judicial, la mujer logró que, en 2014, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) condenara al Estado español por negligencia en la protección de la menor, algo que incluía una reparación moral y económica. España lo rechazó y la ONG Woman's Link Worldwide, que llevaba años defendiendo a Ángela, siguió pleiteando hasta obtener, ¡nada menos que en 2018!, un pronunciamiento favorable para su defendida por parte del Tribunal Supremo.

Parece que la decisión desafortunada de un juez fue la causa de que una menor fuera asesinada por su padre. ¿Se debería sancionar a éste de aquel pronóstico errado, en el que no alcanzó a detectar tal riesgo? El juez dicta la resolución correspondiente tras haber valorado las pruebas que se aportan, la información de las partes que contienden, de los testigos y también la de los expertos que pueden ser capaces de detectar con mayor nitidez el hipotético peligro. Pero la decisión, en algunos casos, no es fácil. A posteriori es sencillo vaticinar un desenlace fatal. Además, la discutida existencia del «síndrome de alienación parental»² puede influir en ocasiones, perturbando una clara percepción del asunto a

2 SEGURA, C., GIL, M.J., SEPÚLVEDA, M.A. “El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil”, *Cuadernos de Medicina Forense*, 12 (43-44), enero-abril 2006, pp. 117-128.

valorar, pues es de una candidez extrema, tal vez interesada, suponer siempre *a priori* la veracidad en uno de los miembros de la pareja y, por el contrario, la mentira en el otro.

Para calibrar este tipo de situaciones conflictivas y garantizar que los derechos de los actores en liza son respetados, tratando de encontrar la mejor solución en casos semejantes, se apela al principio del superior interés del menor y se busca la protección de víctima y allegados imponiendo órdenes alejamiento. Pero si, debido a una decisión judicial desafortunada, estas defensas decaen ¿qué pasa con la víctima?

Al juez no puede exigírsele la infalibilidad, pero sí una formación especializada. En los años en que ocurrieron los hechos no era exigible. Pero si se constata, como es el caso, que, debido a una resolución judicial que permitió al padre permanecer durante determinadas horas con su hija, éste la asesinó, el Estado debería asumir su responsabilidad. Más aún cuando queda probada la insistencia en la petición por parte de la madre de retirarle este permiso, ya que temía por la vida de la niña.

Al margen de que tengan o no tengan razones los tribunales españoles para aceptar que se ha podido vulnerar el derecho a una tutela judicial efectiva, en estas páginas la principal cuestión que se va a abordar es si el Estado tiene que acatar las resoluciones de un órgano de control cuya competencia ha aceptado al ratificar la correspondiente convención internacional protectora de los derechos humanos.

La víctima y, por qué no, el ciudadano informado van a sentirse burlados si, haciéndose tanto hincapié en el «superior interés del menor» como principio primordial que debe presidir cualquier asunto que incumba a éste, si proclamándose en el artículo 24 Constitución española el derecho a la tutela judicial efectiva, si habiendo reconocido un comité de control de una convención ratificada por España que el Estado ha vulnerado sus derechos, si la propia Constitución reconoce en su artículo 96 que los tratados internacionales

válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno, el Estado no es capaz de asumir su responsabilidad y la consiguiente obligación de indemnizar a la reclamante.

Si en la batalla judicial de Ángela García Parreño no se hubiera empeñado una organización potente como es Women Worldwide³, decidida a llevar el asunto a instancias supranacionales, la madre de Andrea, hastiada y doblemente victimizada, tal vez hubiera depuesto su actitud combativa en busca del fallo que consideraba justo. No hace falta más que examinar el periplo judicial del caso para apreciar en él un ejemplo clarísimo de victimización secundaria por parte del Estado, haciendo uso de todos sus recursos. Un supuesto más de «David frente a Goliat».

II. Cronología de la batalla judicial de ángela antes y tras el asesinato de su hija

Ángela González estuvo casada durante veinte años con Felipe Gascón, fruto de dicho matrimonio nació Andrea el 17 de febrero de 1996.

- 3 de septiembre de 1999: Ángela huye de la casa familiar junto a su hija, de 3 años, para protegerla de la violencia que su marido ejerce sobre ella.

- Entre 1999 y 2002, Ángela consigue que las visitas de su hija Andrea con su padre maltratador sean siempre supervisadas, ya que teme que éste pueda hacer daño a la niña. En el marco del procedimiento relativo a la guardia y custodia de Andrea, solicitó un examen psicológico de la niña. El juzgado correspondiente pidió su comparecencia el 11 de diciembre de 2000. En ella, Andrea manifestó que no le gustaba estar con su padre «porque no la trataba bien».

3 <https://www.w4.org/en/about-us/>

• 6 de mayo de 2002: a pesar de llevar dos años y medio denunciando al menos una vez al mes el acoso por parte de su ex marido (insultos, amenazas de muerte, persecuciones, ataques a la niña, golpes), una juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Navacarnero decide que no existen razones para que el padre no esté a solas con su hija. Ángela recurre la decisión.

• 17 de junio de 2002: el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Navacarnero desestima el recurso de Ángela y autoriza las visitas sin supervisión. Establecen que el punto de recogida y entrega de la menor sea en los Servicios sociales.

• 8 de enero de 2003: Ángela presenta ante el juzgado un escrito en el que ruega que escuchen a la niña, que no quiere estar con su padre. Ese mismo día, los servicios sociales presentan un informe en el que advierten de que él está usando a la niña para agredir a la madre a base de preguntas sobre su intimidad y amenazas que confunden a Andrea.

• 11 de abril de 2003: la trabajadora social que está presente cuando el agresor recoge a la niña advierte de que él la está utilizando para acosar⁴ a Ángela, e insiste en que la niña no quiere estar con su padre, que se siente «incómoda y confusa».

• 24 de abril de 2003: el ex marido de Ángela asesina a su hija Andrea durante una de las visitas no supervisadas y después se suicida.

• 2 de enero de 2004: el Juzgado de Instrucción número 3 de Navacarnero declara extinguida la responsabilidad penal en el asesinato de Andrea.

• 23 de abril de 2004: Ángela emprende una agotadora e inacabable batalla, presentando ante el Ministerio de Justicia una reclamación de responsabilidad patrimonial del

4 Vid. Sobre esta cuestión DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V., “Acoso y Derecho Penal”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 25, 2011, pp. 21-48.

Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, alegando que existió un funcionamiento inadecuado que propició que su hija fuese asesinada a manos de su ex-pareja. Muerte que se podría haber evitado si aquella hubiese funcionado correctamente manteniendo el régimen de visitas con vigilancia que se estableció en un primer momento para regular la separación matrimonial⁵, situación que fue modificada por la Providencia de 6 de mayo de 2002, pasándose al segundo régimen previsto en la sentencia de separación convirtiéndose en visitas no vigiladas desde las 17 horas hasta las 20 horas del mismo día. Esta resolución fue confirmada en reposición por Auto de 17 de junio de 2002. Ángela había advertido en numerosas ocasiones que existía una situación de alto riesgo (formuló 47 denuncias contra su ex-marido) y denunció que no en todas las actuaciones intervino el Ministerio Fiscal, así como errores en los informes de los Servicios sociales y finalmente decisiones jurisdiccionales ignorando el contenido de la prueba pericial psicológica practicada⁶. El 3 de noviembre de 2005, el Ministerio de Justicia rechazó la reclamación, considerando que las actuaciones del órgano judicial sobre el régimen de visitas fueron correctas; y que el desacuerdo de la autora entraba dentro del supuesto de error judicial y debía tramitarse conforme al procedimiento previsto al respecto. La reclamación de indemnización solo podía tramitarse una vez la existencia de error judicial hubiera sido establecida por el Tribunal Supremo. Para tomar esta decisión el Ministerio realizó consultas con el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado y la autora fue llamada a audiencia⁷.

5 Sentencia Tribunal Supremo 1263/2018, de 17 de julio. Fundamento de Derecho Tercero.

6 Sentencia Tribunal Supremo 5349/2010, de 15 de octubre. Fundamento de Derecho Segundo.

7 Sentencia Tribunal Supremo 5349/2010, *op. cit.* Antecedentes de Hecho Primero.

• 15 de diciembre de 2005: Interpuso un recurso de reposición ante el Ministro de Justicia que fue rechazado el 22 de enero de 2007 por el mismo motivo.

• 14 de junio de 2007: Interpuso un recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional pidiendo el reconocimiento del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. El recurso fue rechazado el 10 de diciembre de 2008.

• 26 de febrero de 2009: Recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, quien desestimó el recurso en sentencia de 15 de octubre de 2010: «Aun lamentando profundamente el fatal desenlace, no aprecia que en el supuesto 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 del 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»⁸.

Mantiene la sentencia que estas decisiones «entran por completo en el ámbito de la función jurisdiccional y están sometidas al régimen de recursos correspondientes, de modo que las consecuencias dañosas que pudieran eventualmente derivarse de las mismas no integran, tal y como hemos

8 *Ibid.* Fundamento de Derecho Tercero.

tenido ocasión de razonar anteriormente, un supuesto de responsabilidad por funcionamiento anormal y el pretendido error en que estas resoluciones jurisdiccionales pudieran haber incurrido no pueden dar lugar en nuestro ordenamiento jurídico a una indemnización de daños y perjuicios sin que previamente se haya declarado la existencia de un error judicial por el procedimiento establecido en el artículo 293 de la LOPJ, la cual no se ha producido en el caso que nos ocupa»⁹. Manifiesta que «dados los términos que se planteó por la recurrente su pretensión indemnizatoria, entendemos que el título jurídico en que se funda su acción de responsabilidad, estrictamente se basó en el error judicial; por lo que procede desestimar ambos motivos de casación»¹⁰.

• 30 de noviembre de 2010: Acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la violación de sus derechos constitucionales a obtener un recurso efectivo, a la seguridad, a la vida e integridad física y moral, a no ser sometida a tortura y tratos o penas crueles o degradantes, y a la igualdad ante la ley. El 13 de abril de 2011 el Tribunal rechazó el recurso por no presentar relevancia constitucional¹¹.

• Septiembre de 2012: Tras buscar justicia sin éxito ante los tribunales españoles durante casi 11 años por el ase-

9 *Ibid.* Fundamento de Derecho Tercero.

10 Sentencia Tribunal Supremo STS 5349/2010. Fundamento de Derecho Sexto: “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”.

11 Sentencia Tribunal Supremo 1263/2018, de 17 de julio. Fundamento de Derecho Tercero. BOU FRANCH, V., “Las comunicaciones individuales contra España presentadas en el Comité de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho español”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, 2019, pp. 51-52.

sinato de su hija, Ángela González presentó su caso ante el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de la mano de la organización internacional Women's Link.

- 16 de Julio de 2014: El Comité emitió el Dictamen 47/2012, de 18 de julio de 2014, condenando al Estado por no actuar de manera diligente para evitar la violación de los derechos de Ángela González, mujer víctima de violencia de género, y su hija Andrea.

Con base en tal dictamen y para lograr su efectividad, la recurrente formuló en España dos reclamaciones.

- 16 de octubre de 2014 presentó un recurso extraordinario de revisión, solicitando que se cumpliera con los dispositivos del Dictamen del Comité, exigiendo una indemnización de 1.263.470,09 euros en concepto de daños patrimoniales y daños inmateriales.

Tras obtener el 17 de julio de 2015 una decisión administrativa contraria a sus intereses, dedujo recurso contencioso administrativo que fue desestimado por sentencia dictada el día 25 de abril de 2016 por la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional.

Esa respuesta judicial fue recurrida en casación (recurso 2083/2016), recurso que fue desestimado en sentencia de 25 de septiembre de 2017¹².

- 6 de febrero de 2015 presentó una nueva reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, solicitando de nuevo el cumplimiento de los dispositivos del Dictamen del Comité.

Ante el silencio de la Administración presentó nuevo recurso contencioso administrativo, esta vez por el procedi-

12 Sentencia Tribunal Supremo 1263/2018, de 17 de julio. Fundamento de Derecho Tercero

miento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, solicitando la condena de la Administración al cumplimiento de los dispositivos del Dictamen y al abono de la indemnización que solicitaba, por importe de 1.263.470,09 euros. Nuevamente recae sentencia desestimatoria, de 2 de noviembre de 2016¹³.

• 17 de julio de 2018: La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo¹⁴ acepta el recurso de casación contra la Sentencia de 2 de noviembre de 2016, anulando esa resolución judicial e imponiendo a la Administración demandada una condena por importe de seiscientos mil (600.000) euros por los daños morales sufridos y a las costas de la instancia y en cuantía total de diez mil (10.000) euros.

III. Dictamen favorable del comité sobre la eliminación de la discriminación de la mujer (CEDAW)

Tras agotar todos los recursos disponibles en el Derecho español, Ángela acudió al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (CEDAW), previsto en el artículo 17 de La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y cuyo desarrollo se encuentra en el Protocolo Facultativo¹⁵. Dispone éste en su art. 7. 1 y 3 que el Comité examinará las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo a la luz de toda la información puesta a su disposición por personas o grupos de personas, o en su nombre, y por el Estado parte interesado, siempre que esa información sea transmitida a las partes interesadas. El 18 de julio de 2014 el Comité

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*

15 NACIONES UNIDAS, A/RES/54/4, de 15 de octubre de 1999, *Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.*

emitió, por consiguiente, su Dictamen en la Comunicación n° 47/2012¹⁶.

Puesto que parte de los abusos y denuncias ante las autoridades referidos por Ángela ocurrieron antes del 6 de octubre de 2001, fecha de la entrada en vigor del Protocolo para España, el Comité advierte que carece de competencia *ratione temporis* para examinar estos hechos de manera individualizada, en aplicación del artículo 4, párrafo 2 (e) de este texto. Por esta razón, el Comité sólo los toma en consideración en la medida en que explican el contexto en que se produjeron los acontecimientos posteriores a dicha fecha¹⁷.

Este órgano de control se va a pronunciar respecto de las decisiones judiciales tomadas a partir de esa fecha: la orden de 6 de mayo de 2002 del juzgado núm. 1 de Navalcarnero autorizando el régimen de visitas no vigiladas; y la decisión de 17 de junio de 2002 rechazando la apelación por la que la autora se oponía a dicho régimen¹⁸. Una de sus tareas consiste en determinar si, a la luz de la Convención, Ángela realizó esfuerzos razonables para plantear ante las autoridades nacionales sus quejas relativas a la violación de derechos que emanan de la Convención. Teniendo en cuenta que España no ha indicado la posibilidad de otras vías legales que hubieran podido ser eficaces para dar respuesta a sus específicas e integrales reclamaciones, entiende que los recursos internos fueron agotados en relación con la queja relativa al establecimiento por las autoridades de un régimen de visitas no supervisado y la ausencia de reparación por las consecuencias negativas derivadas de ese régimen¹⁹.

16 NACIONES UNIDAS, CEDAW/C/58/D/47/2012, *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Dictamen en la Comunicación n° 47/2012, de 18 de julio de 2014*.

17 *Ibid.*, p. 15, párrafo 8.4.

18 *Ibid.*, p. 15, párrafo 8.5.

19 *Ibid.*, pp. 15-16, párrafo 8.6.

Considera probado que el asesinato se enmarcó en un contexto de violencia doméstica que se prolongó durante varios años y que los tribunales españoles no cuestionan en ninguna de sus resoluciones. Este contexto incluye, igualmente, la negativa -de manera sistemática y sin justificación- del padre de pagar la pensión y la disputa relativa al uso de la vivienda familiar. El Comité recuerda que debe su examen, a la luz de la Convención, si las autoridades aplicaron principios de debida diligencia y tomaron medidas razonables con miras a proteger a la autora y su hija de posibles riesgos en una situación de violencia doméstica continuada²⁰.

No comparte los argumentos esgrimidos por el Estado de que el comportamiento del hombre fue imprevisible y de que nada hacía presagiar, en los informes psicológicos y de los Servicios sociales, que existiera un peligro para la vida o salud física o psíquica de la menor, por las razones siguientes:

1. La separación definitiva de la pareja, el 27 de noviembre de 2001, estuvo precedida de múltiples incidentes violentos dirigidos a la mujer y de los que la menor fue con frecuencia testigo. Los tribunales emitieron órdenes de alejamiento que eran ignoradas por el padre. sin que ello generara ninguna consecuencia jurídica para él. La única vez que fue condenado fue en 2000, por una conducta de vejaciones pero la pena se limitó a una multa equivalente a 45 euros.

2. A pesar de las solicitudes de la mujer, las órdenes de alejamiento emitidas por las autoridades no incluyeron a la menor y una orden de alejamiento ordenada en 2000 en favor de ésta fue posteriormente dejada sin efecto, como resultado de un recurso planteado por el marido, para no perjudicar las relaciones entre padre e hija.

3. Los informes de los servicios sociales repetidamente subrayaron que el padre utilizaba a su hija para transmitir mensajes de animadversión hacia su ex pareja. También

20 *Ibid.*, p. 16, párrafo 9.2.

señalaron las dificultades de éste para adaptarse a la corta edad de la menor.

4. Un informe psicológico de 24 de septiembre de 2001 halló en el hombre «un trastorno obsesivo-compulsivo, con rasgos celotípicos y una tendencia a distorsionar la realidad que podría degenerar a un trastorno similar al paranoide».

5. Durante los meses que duraron las visitas no vigiladas varios informes de los servicios sociales señalaron la probabilidad de que existieran situaciones inadecuadas consistentes en reiteradas preguntas del padre a la menor sobre la vida privada de la madre, así como la necesidad de mantener un seguimiento continuado del régimen de visitas.

El Comité entiende que durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento del hombre. Considera que las decisiones pertinentes no traslucen un interés de evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto. También se observa que la decisión mediante la cual se pasó a un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin previa audiencia de la autora y su hija.

Todos estos elementos reflejan que se minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad y que el interés superior del niño no fue prioritario²¹.

Recuerda su Recomendación general núm. 19 (1992)²², según la cual la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fun-

21 *Ibid.*, p. 17, párrafo 9.4.

22 OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *La violencia contra la mujer*, 29/01/92. CEDAW *Recom. General 19*, p. 1, párrafo 7.

damentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención²³. A tal efecto, recuerda a España sus compromisos como Estado parte en la misma:

- Asumir la responsabilidad por actos de personas privadas si no actúan con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas, ya que se ha comprometido a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas, (artículo 2.e) de la Convención)²⁴.

- Asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica del principio de igualdad del hombre y la mujer (artículo 2 a) de la Convención);

- Adoptar medidas apropiadas a fin de modificar o abolir no solamente las leyes y reglamentaciones existentes, sino también las costumbres y las prácticas que constituyan discriminación contra la mujer (artículos 2 f) y 5 a) de la Convención).

- Adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (artículo 16, 1.d) de la Convención)²⁵.

23 “...denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

24 NACIONES UNIDAS, CEDAW/C/58/D/47/2012, *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Dictamen en la Comunicación n° 47/2012, op. cit.*, p. 18, párrafo 9.6.

25 *Ibid.*, p. 18, párrafo 9.7.

A la vista de ello, el Comité considera que las autoridades españolas, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado, aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia, incumpliendo sus obligaciones en relación con los artículos 2 a), d), e) y f); 5 a) y 16, párrafo 1 d) de la Convención²⁶. Constata que Ángela ha sufrido un daño de suma gravedad y un perjuicio irreparable como consecuencia de la pérdida de su hija y las violaciones descritas. Además, sus esfuerzos por obtener una reparación han resultado infructuosos.

El Comité concluye que la ausencia de medidas reparatorias constituye una violación por parte del Estado de sus obligaciones bajo el artículo 2 b) y c) de la Convención. Para que la mujer víctima de violencia doméstica disfrute de la realización práctica del principio de no discriminación e igualdad sustantiva, y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política debe contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del Estado parte. Éstas incluyen el deber de investigar la existencia de fallos, negligencia u omisiones por parte de los poderes públicos que puedan haber ocasionado una situación de desprotección de las víctimas. El Comité considera que, en el presente caso, esta obligación no se cumplió²⁷.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones precedentes, el Comité considera que el Estado parte ha infringido los derechos de la autora y su hija fallecida en virtud de los artículos enumerados; leídos conjuntamente con el artículo 1 de la Convención y la Recomendación General No. 19 del Comité²⁸. Reconoce que España ha hecho frente a la violencia de género por medio de la formulación de leyes, conciencia-

26 *Ibid.*, p. 18, párrafo 9.7.

27 *Ibid.*, p. 19, párrafo 9.9.

28 *Ibid.*, p. 19, párrafo 10.

ción, educación y capacitación, incluyendo la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Sin embargo, identifica que persisten costumbres y prácticas por parte de jueces, fiscales, trabajadores sociales y otros agentes estatales, que constituyen discriminación contra las mujeres y que se traducen en estereotipos de género en el sistema judicial que llevan, con frecuencia, a que no se proteja de manera efectiva a las mujeres víctimas de violencia, ni a sus hijos.

Por todo ello, formula al Estado parte una serie de recomendaciones, entre ellas:

-Otorgar a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos;

-que se lleve a cabo una investigación exhaustiva e imparcial sobre posibles fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la autora y su hija con el fin de que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos;

- el interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia²⁹;

-proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité en particular la Recomendación general núm. 19 (1992)»³⁰.

29 *Ibid.*, p. 19. párrafo 11

30 *Ibid.*, (11) pp. 19 y 20, párrafo 11

Recuerda también a España que, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 7 del Protocolo Facultativo, tiene que tener debidamente en cuenta las opiniones y recomendaciones del Comité y presentar, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, incluida información sobre cualquier medida que se haya adoptado en relación lo solicitado. Tiene, además, la obligación de publicar las opiniones y recomendaciones del Comité y difundirlas ampliamente a fin de alcanzar a todos los sectores pertinentes de la sociedad³¹.

1. La Convención y el Comité

La protección de la mujer contra la discriminación, en el plano normativo internacional, adquiere una nueva dimensión el 7 de noviembre de 1967, fecha en la que la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Resolución 2263 (XXII), que contiene la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*.

Tendrán que transcurrir doce años hasta la adopción de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW), hecho que tendrá lugar el 18 de diciembre de 1979³². Y, a pesar de ello, esta Convención nace sin dos técnicas de control clásicas en el Derecho Internacional de los derechos humanos: las denuncias interestatales y las denuncias individuales³³, ausencia que parece denotar la inexistencia –a la hora de elaborar la Convención– del consenso suficiente sobre el particular³⁴.

31 *Ibid.*, p. 20, párrafo 12.

32 Su entrada en vigor, sin embargo, no tendrá lugar hasta el 3 de septiembre de 1981. Entrada en vigor para España: 4 de febrero de 1984.

33 Comparte, en este sentido, la misma característica que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que tampoco incluye esta técnica de control. La misma fue objeto de un Protocolo facultativo. El mismo proceder tiene lugar en relación con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

34 La ausencia de ambas técnicas de control se da también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de

Quedaban, por tanto, dos opciones: una, la inexistencia de un tratado internacional que luchara contra todas las formas de discriminación contra la mujer o bien la adopción de un tratado internacional que concitara el consenso sobre unos mínimos compartidos aunque el precio fuera prescindir de la técnica de las denuncias interestatales y trasladar la técnica de control de las denuncias individuales a un Protocolo facultativo posterior al que pudieran obligarse los Estados particularmente interesados.

Se optó por la segunda posibilidad, aunque para ello hubo que esperar veinte años. En 1999 nace el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 10 de diciembre³⁵.

Como todos los tratados internacionales de derechos humanos, la Convención CEDAW también instauro un órgano internacional de control en cargado de verificar el cumplimiento de las obligaciones que contraen los Estados partes. Se trata del *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*³⁶.

El sistema que instauro esta Convención es peculiar³⁷. De un lado, porque sólo contiene una técnica de control: los informes que deben presentar periódicamente los Estados

diciembre de 1966, que contiene únicamente la de los informes que deben presentar los Estados partes.

35 Entró en vigor, con carácter general, el 22 de diciembre de 2000. Para España: el 6 de octubre de 2001 (vid. el texto en *B.O.E.*, n° 190, de 9 de agosto de 2001).

36 MAYORDOMO RODRIGO, V., “El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer: examen de los informes presentados por España”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *España y los órganos de control en materia de Derechos Humanos*, Madrid, 2010, pp. 257-298.

37 MAYORDOMO RODRIGO, V., “La lucha contra la discriminación de la mujer”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, 2007, pp. 370-398.

partes. De otro porque, a diferencia de lo que es habitual en los tratados internacionales de derechos humanos, la Convención no contempla las denuncias interestatales. En tercer lugar, porque incluye la técnica de las denuncias individuales en un Protocolo Facultativo, otorgando a los Estados partes que desean asumir un compromiso mayor y más estricto, en orden a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la posibilidad de aceptar esta técnica de control. Y, finalmente, porque incluye con carácter adicional la técnica de control de la investigación confidencial, incorporándola al Protocolo Facultativo. De este modo, y salvo declaración expresa de no aceptación de la misma por parte del Estado interesado, la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención conlleva automáticamente la sumisión de dicho Estado a esta técnica de control³⁸.

El Comité también formula recomendaciones generales. En general, las que formulan los órganos internacionales de control previstos por los tratados internacionales de derechos humanos constituyen la interpretación que del tratado en cuestión hacen tales órganos; interpretación que se impone a los Estados Parte.

2. Ejecución en España del Dictamen del Comité CEDAW

Partiendo de que el artículo 1 CE declara que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, estos atributos tienen que verse confirmados en la práctica y dotados de contenido efectivo. Que un Estado sea verdaderamente un Estado de Derecho dependerá de que en su seno el imperio de la ley sea una realidad, los derechos y libertades que se proclaman sean reales y efectivos y los principios de legalidad y de jerarquía normativa se apliquen adecuadamente³⁹.

38 MAYORDOMO RODRIGO, V., "El Comité...", *op. cit.*, p. 258.

39 Artículo 9.3 Constitución Española.

A este respecto surge la cuestión relativa a la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y de los dictámenes de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos cuya competencia ha sido aceptada por España, y que son denominados *comités*.

El caso *Ángela González Parreño* permite apreciar la eficacia o no de los principios de legalidad y de jerarquía normativa que la Constitución garantiza (art. 9.3); el modo en que los órganos internos aplican las normas internacionales y la concepción que tienen de las mismas; y si los derechos y libertades objeto de tales sentencias y decisiones de órganos internacionales de control en materia de derechos humanos, cuya competencia ha sido aceptada por España, son efectivos en el caso concreto o si, por el contrario, encuentran problemas para serlo⁴⁰.

Desde la Transición política hacia la Democracia, España no sólo procedió a celebrar tratados internacionales de derechos humanos sino que a partir de 1978 esa celebración estuvo siempre acompañada de la aceptación de la competencia del órgano internacional de control establecido en ellos⁴¹.

Hay quienes mantienen que, fuera de toda duda, la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y de las decisiones de los

40 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ C., “La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités” en Escobar Hernández C, (dir.), *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 2, Colección Escuela Diplomática, nº 16, 2010, pp. 179-198.

41 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., “La obligación del Estado de reconocer y aceptar los efectos jurídicos de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos” en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, 2019, pp. 241.

órganos internacionales de control en materia de derechos humanos, cuya competencia ha sido aceptada por España, constituye una obligación tanto desde la perspectiva del Derecho interno español como del Derecho Internacional⁴². Esta posición se refuerza, además, por el hecho de que el Derecho Internacional es también Derecho interno español una vez recibido en España, de conformidad con el procedimiento establecido en el art. 96 CE, convirtiéndose en otro elemento normativo más del orden público que integra la noción de Estado de Derecho⁴³.

Respecto a si los derechos y libertades objeto de tales sentencias y decisiones de órganos internacionales de control en materia de derechos humanos cuya competencia ha sido aceptada por España son *efectivos*, conviene recordar que el Tribunal Constitucional puso de manifiesto en su Sentencia

42 Similar al supuesto objeto de análisis, acaecido en España, es el *Caso Halime Kılıç contra Turquía* y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de junio de 2016, rec. n° 63034/11. El fallo tiene su origen en la muerte de la hija de la demandante, que fue asesinada por el marido de ésta, a pesar de haber presentado cuatro denuncias y haber obtenido tres órdenes de protección y otros requerimientos judiciales. El TEDH declara que se ha violado el artículo 2 (derecho a la vida) y el artículo 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. En particular, constata que el procedimiento interno no ha logrado reunir los requisitos del artículo 2 del Convenio en relación a proporcionar protección a la hija. Al no haber sido castigado el incumplimiento por parte del marido de las órdenes dictadas contra él, las autoridades nacionales habían privado las órdenes de eficacia, creando así un contexto de impunidad que le permitía agredir repetidamente a su esposa sin tener que rendir cuentas. El Tribunal también considera inaceptable que la hija de la demandante se había quedado sin recursos o protección para poder hacer frente al comportamiento violento del hombre y que, al hacer caso omiso a los actos de violencia y amenazas de muerte contra la víctima, las autoridades habían creado un clima que era propicio para la violencia doméstica. El Tribunal condenó a Turquía a pagar a la madre 65.000 euros en concepto de daño moral. Vid. <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5420099-6785234>

43 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ C., “La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités”, *op. cit.*, pp. 179-198.

245/1991, de 16 de diciembre, que cuando el TEDH declara la violación por España de un derecho o libertad del Convenio europeo implícitamente está declarando la violación de ese derecho o libertad presente en la Constitución Española. El hecho de que la sentencia declaratoria del incumplimiento de España no sea ejecutada conlleva, implícitamente también, la violación de la Constitución pues el derecho o libertad en cuestión, mientras no se corrija la violación, no llega a ser real y efectivo. Y también el incumplimiento de la Constitución en lo que a los principios de legalidad y de jerarquía normativa se refiere, pues las obligaciones inherentes a esos tratados internacionales –entre las que se encuentran las relativas a la ejecución de esas sentencias y dictámenes– una vez publicados oficialmente en España los tratados que las contienen pasan a formar parte del ordenamiento español con la jerarquía que les atribuyen los arts. 95 CE y 96 CE⁴⁴.

En parecido sentido se pronunció en 2006, al afirmar que a pesar de que los dictámenes del Comité DH no son equiparables a las sentencias del TEDH ni son resoluciones judiciales con fuerza ejecutoria directa, esto «no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la Constitución, el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE)⁴⁵. Por otra parte, en virtud del artículo 10.2 CE,

44 *Ibid.*, pp. 179-198.

45 VILLÁN DURÁN, C., “El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, 2019, pp. 103-104.

los órganos del Estado «interpretarán las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con (...) los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España».

Parece exigible a los jueces y tribunales españoles, a la hora de aplicar el dictamen de un Comité internacional creado por uno de esos tratados, y cuya competencia ha reconocido España, que consideren que se han incumplido determinados derechos de una persona relacionado en el tratado, teniendo en cuenta la opinión mantenida en ese dictamen⁴⁶. No es coherente que los órganos de un Estado parte en un tratado internacional sobre derechos humanos que ha aceptado expresa y libremente la competencia de un determinado órgano para debatir y tomar decisiones en torno a las presuntas violaciones de derechos de una persona y regulados por el tratado, no acepte como «auténtica» la interpretación que de dicho tratado internacional lleve a cabo el Comité⁴⁷.

Cuando un Estado se suma a un tratado internacional de derechos humanos, y entra en vigor para él, adquiere la obligación de cumplir sus disposiciones. Y, concretamente, la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo en su Derecho interno el pleno respeto de los derechos y libertades reconocidos. Estas obligaciones son vinculantes en Derecho, pero su indeterminación en cuanto a contenido y plazos difuminan su efecto útil para los órganos de los Estados partes (en particular sus jueces y tribunales) a los efectos de su eventual aplicación a individuos reclamantes⁴⁸.

46 GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Reflexiones sobre la ejecución en España de los dictámenes de los comités de control creados por los tratados sobre derechos humanos”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, 2019, pp. 281-282 y 297.

47 *Ibid.*

48 GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto

Si un tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por España, o uno de sus Protocolos, crea órganos de control (comités) a los que otorga competencias para emitir Informes u Observaciones Generales o Dictámenes relativos a la clarificación o precisión de los derechos y libertades regulados y para pronunciarse sobre quejas, comunicaciones o reclamaciones de personas físicas o jurídicas que se hallen bajo jurisdicción de los Estados partes, tengan o no formalmente la naturaleza de resoluciones judiciales, difícilmente puede justificarse que el Estado no haga efectivo lo dispuesto en esa resolución⁴⁹.

España, en la propia Convención CEDAW (artículo 2), se ha comprometido internacionalmente a cumplir y hacer efectivos los derechos de las personas reconocidos en la misma:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por Ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los derechos del hombre y garantizar, por conducto de los Tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), vol. 10, nº 2, p. 847.

ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4406>

49 *Ibid.*, p. 850

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades o instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar Leyes, Reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer».

Y, según lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención: «los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención».

III. Negativa de España a dar cumplimiento al dictamen CEDAW

La sala Contencioso Administrativa de la Audiencia Nacional, en sentencia 4195/2016, de 2 de noviembre niega a Ángela González la reparación por la responsabilidad del Estado en el asesinato de su hija Andrea, cuantificada por aquélla en 1.263.470,09 €⁵⁰. Desestima así la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia formulada el 6 de febrero de 2015, en que solicitaba el cumplimiento de lo dispuesto en el dictamen número 47/2012 del Comité de la CEDAW⁵¹.

50 Sentencia Tribunal Supremo 1263/2018, de 17 de julio. Fundamento de Derecho Primero.

51 *Ibid.* Fundamento de Derecho Primero

El argumento principal que utiliza la Audiencia Nacional es que este proceso ya se juzgó en 2004, cuando negó la responsabilidad de las autoridades en el asesinato de la hija de Ángela. Y alega que «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» ni existen los mecanismos necesarios para que los derechos de la Convención que España ha ratificado puedan ser eficazmente tutelados⁵². A la vista de ello podría deducirse que, para España, la Convención CEDAW es un mero ornato: se compromete pero luego no habilita mecanismo para hacerla efectiva y no existen medidas sancionadoras a nivel internacional. De ahí la importancia, como veremos más adelante, de la sentencia del Tribunal Supremo, de 2018, en la que se dota de efectos jurídicos al dictamen de uno de esos órganos de control, en este caso, el CEDAW.

IV. Sentencia favorable del tribunal supremo en 2018

Contra el fallo que deniega a Ángela su petición de indemnización, 2 de noviembre de 2016, se interpone recurso de casación, sobre el que se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2018⁵³. Una de las primeras cuestiones que aborda la sentencia reside en dilucidar cuál es el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité de la CEDAW, cuando en ellos se contienen recomendaciones dirigidas a las autoridades españolas a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención⁵⁴. Y determinar si, como sostiene la sentencia de instancia, al no existir un procedimiento en el ordenamiento español que permita dotar de eficacia ejecutiva

52 *Ibid.* Fundamento de Derecho Cuarto

53 *Ibid.* Fundamento de Derecho Segundo.

54 *Ibid.*

a aquellas recomendaciones y carecer de los mecanismos necesarios para la tutela eficaz de los derechos reconocidos en la Convención, no es posible exigir el cumplimiento de aquellos dictámenes, más allá de la posible revisión de la decisión del Estado de denegar la reparación solicitada⁵⁵.

Dada la naturaleza del proceso jurisdiccional en el que se enmarca la decisión tomada en esta sentencia⁵⁶, es preciso dar respuesta a la primera de las cuestiones que plantea el escrito de oposición de la Administración General del Estado, consistente en solicitar la desestimación del recurso alegando que la parte recurrente no hace mención a cuál o cuáles hayan sido los derechos fundamentales vulnerados ni sobre cómo la hayan sido.

No admite el Tribunal Supremo este planteamiento pues en la demanda de la instancia se denunciaba que la decisión administrativa determinó la vulneración de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14, 15, 18 y 24 de la Constitución Española, vulneración que derivaría del hecho de no haber dado cumplimiento a lo establecido en el Dictamen 47/2012, de 18 de julio del Comité CEDAW, que condenaba a España por incumplimiento de las obligaciones de la Convención⁵⁷.

Considera que resulta fundamental determinar si el cauce de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es adecuado o no para obtener una decisión administrativa que permita obtener ese cumplimiento del Dictamen 47/2012 del Comité de la CEDAW, cuestión que, a su vez, exige que se analice si la negativa administrativa –por

55 *Ibid.*

56 Se trata de un recurso de casación contra la sentencia dictada el día 2 de noviembre de 2016 de la Audiencia Nacional en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales de la persona 6/2015.

57 *Ibid.* Fundamento de Derecho Séptimo, primera.

silencio— ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la recurrente. Es esencial determinar si el Dictamen puede ser el presupuesto que permita formular esa reclamación de responsabilidad patrimonial⁵⁸.

La sentencia da una respuesta favorable a las pretensiones de la madre, en función de las siguientes consideraciones:

1. Ni la Convención ni el Protocolo han introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas. No imponen a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de las desviaciones que el Comité CEDAW pueda llegar a apreciar, ni regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes de dicho Comité. Aun así no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció la Convención y el Protocolo, a la vista de lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención: «los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención». Además, como se ha visto *supra*, conforme al artículo 7.4 del Protocolo Facultativo, España tendría que haber dado «la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones» y haber enviado al Comité, en un plazo de seis meses, información sobre toda medida adoptada en base a las recomendaciones del Comité⁵⁹.

2. El Dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que, por expresa previsión del artículo 96 CE⁶⁰, forma parte de nuestro ordena-

58 *Ibid.* Fundamento de Derecho Séptimo, tercera.

59 *Ibid.* Fundamento de Derecho Séptimo, tercera.

60 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento inter-

miento jurídico interno tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado; y que según el artículo 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España⁶¹.

3. La vulneración de derechos de la Convención CEDAW declarada por el Comité se refiere a la no adopción por los órganos del Estado, en sus diversas esferas, órdenes e instancias, de las medidas necesarias y eficaces que evitasen la discriminación de la recurrente, partiendo de que la violencia contra la mujer que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos constituye un acto de discriminación, tal y como la define el artículo 1 de La Convención. Esta declaración es vinculante para España como Estado parte que ha reconocido la competencia del Comité⁶², y el hecho de que España no haya acreditado la adopción de medidas reparadoras del derecho a no sufrir discriminación, supone el mantenimiento de la lesión de derechos reconocidos en la Convención, que es una violación especialmente cualificada y que viene referida a un principio jurídico universal reconocido por diversos textos internacionales como la Convención CEDAW, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 7), el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (artículo 14) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 21)⁶³. Esta vulneración

no. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

61 *Ibid.*, Fundamento de Derecho Séptimo, tercera.

62 NACIONES UNIDAS, *Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Adoptada por la Asamblea General en su *Resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999*, artículo 1.

63 Sentencia Tribunal Supremo 1263/2018, *op. cit.* Fundamento de Derecho Séptimo, tercera.

– continúa la sentencia– encaja no sólo en el artículo 14 CE – derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo–, pues durante años no se pusieron en marcha medidas que hiciesen efectivas en la práctica previsiones legales existentes y de manera que se pudiese restablecer una igualdad rota en el seno familiar por los graves actos de discriminación sufridos por la recurrente, sino también en su artículo 24 –derecho a la tutela judicial efectiva–, pues en los diversos procedimientos judiciales que revisaron la práctica administrativa no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada, todo ello con indudable y grave afectación de su dignidad humana y de su derecho a la integridad moral, amparado en el artículo 15 CE⁶⁴.

4. Las especiales particularidades de la demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no sólo debió merecer de la Administración General del Estado una consideración expresa, impuesta por el artículo 42 de la Ley 30/1992, dando cumplimiento a la obligación internacional y de Derecho interno, sino que es el remedio efectivo último para controlar la vulneración de derechos fundamentales invocada por la madre de Andrea que, además, se presenta como permanente en el tiempo, no tanto por estar vinculada al fatal desenlace que ciertamente acaeció hace años, cuanto por no haber sido restaurada la lesión de derechos por la Administración tras la conclusión del Comité de la CEDAW⁶⁵.

5. Por tanto, el Dictamen del Comité de la CEDAW deberá ser tenido como presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado. Se acredita la existencia de una lesión o daño real y efectivo, individualizado en la persona de la recurrente, que ella no estaba obligada a soportar, y que se produjo por la desprotección que ha soportado durante años ante una clara

64 *Ibid.*

65 *Ibid.*

situación de discriminación, antes y después del fallecimiento de su hija. Es un daño que perdura, pues la situación de desprotección de derechos no ha sido resarcida. Es evaluable económicamente no sólo por el fallecimiento de su hija, sino también por los daños de todo tipo que ha tenido que soportar como consecuencia de ello, siendo víctima de violencia sobre la mujer y no obtener nunca una protección de la Administración y una tutela judicial efectiva. Constituye un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como parte integrante del Estado, al que se atribuye una negligente actuación en la protección de los derechos de la recurrente. Y, por último, existe una evidente relación entre la lesión antijurídica y la actuación del Estado, de la que forma parte la Administración de Justicia⁶⁶.

La sentencia considera que, a través de una declaración de un organismo internacional reconocido por España, se ha denunciado la infracción de concretos derechos amparados en la Convención por parte del Estado español, acordando medidas de reparación o resarcimiento en favor de la denunciante y medidas de actuación por parte de España. Y que esta declaración se ha producido en el seno de un procedimiento expresamente regulado, con garantías y con plena participación de España. Y todo ello, teniendo en cuenta que el artículo 9.3 CE⁶⁷ afirma que la Constitución garantiza, entre otros, el principio de legalidad y la jerarquía normativa, de manera que las obligaciones internacionales relativas a la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de control cuya competencia ha aceptado España forman parte de nuestro ordenamiento interno, una vez recibidas en los términos del artículo 96 CE⁶⁸.

66 *Ibid.*

67 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

68 Sentencia Tribunal Supremo 1263/2018, de 17 de julio. Fundamento de Derecho Séptimo, tercera.

Afirma, por ello, que la Administración vulneró los derechos fundamentales de la recurrente y no puso fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer, que le vinculaba en los términos de la Convención y el Protocolo. En consecuencia, casa y anula tanto la sentencia impugnada que no apreció tal vulneración, como la inicial decisión administrativa que ni tan siquiera la valoró por operarse en virtud de silencio administrativo, y declara la obligación de reparar la vulneración efectuando un pronunciamiento que haga efectiva y eficaz la condena a la reparación del daño antijurídico admitido y que era evaluable económicamente.

Partiendo de que, a su juicio, al no existir un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un Dictamen del Comité de la CEDAW por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Convención por parte del Estado español, no se puede exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes⁶⁹, es posible admitir que ese dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia, como último cauce para obtener la reparación, ya que a los poderes públicos españoles incumbe al respeto y observancia de los derechos fundamentales⁷⁰.

Impone, por ello, una condena al Estado, admitiendo la reclamación por el daño moral indiscutible sufrido por la recurrente, pero cuantificándola en 600.000 euros, actualizados cuantitativamente al momento en que se dicta el fallo⁷¹.

69 *Ibid.* Fundamento de Derecho Octavo.

70 *Ibid.*

71 *Ibid.* Fundamento de Derecho Séptimo, cuarta.

Con esta sentencia, el Tribunal Supremo asume que las decisiones de esos Comités deben ser aplicadas por los órganos del Estado y en su aplicación deben tenerse en cuenta como elementos interpretativos de los derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución dichos tratados, en virtud del artículo 10.2 de nuestra Constitución. Y todo ello sin que sea preciso adoptar normativa expresa en este sentido. Más en concreto, el Alto Tribunal entiende que los dictámenes de estos Comités son base suficiente para fundamentar, cuando proceda, la responsabilidad patrimonial de la Administración por mal funcionamiento y de ello se derive la violación de derechos y libertades fundamentales⁷².

V. El superior interés del menor

1. Ámbito legal

La *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, estableció un marco regulador que garantizaba a los menores una protección uniforme en todo el territorio español, y que sirvió de referencia a las Comunidades Autónomas. Pero en el transcurso de los años se han ido produciendo importantes cambios sociales que afectan a la situación de los menores, que demandaban una mejora en sus instrumentos de protección jurídica. Para ello se han promulgado dos leyes que se han tramitando en paralelo: la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*; y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*⁷³.

72 GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La aplicación en España...”, *op. cit.*, p. 851.

73 La razón de que la reforma se haya realizado en dos leyes es que todo lo que afecte a derechos fundamentales y libertades públicas debe ser aprobado por Ley Orgánica y las demás cuestiones han sido reguladas por Ley ordinaria.

En este proceso de reforma jurídica han intervenido juristas y profesionales de todos los ámbitos relacionados con los menores, con el objeto de lograr un texto normativo lo más cercano posible a la práctica (trabajadores sociales, psicólogos, educadores, pedagogos y operadores jurídicos), que recoja de forma patente y realista en su redacción los aspectos educativos, psicológicos, sociales y jurídicos, que permitan la mejora de los instrumentos de protección, a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio español, y sea conforme a los parámetros culturales del mismo⁷⁴.

2. ¿Qué se entiende por tal?

El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989⁷⁵ otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

El Comité de los Derechos del Niño⁷⁶, en su Observación n° 14⁷⁷, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

74 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Menores en situación de riesgo y desprotección familiar: regulación internacional y española”, en VARONA MARTÍNEZ, G., (dir.) *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 298-301. SAVE THE CHILDREN, *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, Málaga, 2015, p. 7.

75 En vigor para España el 5 de enero de 1991

76 El Comité es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados partes. Todos los Estados partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de “observaciones finales”. <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

77 NACIONES UNIDAS, CRC/C/GC/14, *Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su in-*

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3.1 de la Convención establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos⁷⁸. Se trata de un concepto flexible que permite su

terés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafo 6.

78 NÚÑEZ ZORRILLA, C., “El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Persona y Derecho*, vol. 73, 2015/2, p. 122. Vid. NACIONES UNIDAS, *Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14...*, *op. cit.*, párrafo 6. Esta observación general tiene por objeto garantizar que los Estados partes en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten. Define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones

adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil ⁷⁹ .

Al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los siguientes pasos:

a) Determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás;

b) Para ello es preciso seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho⁸⁰.

La determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas de cada caso singularmente considerado. El Comité considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido. El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto⁸¹. Esa lis-

judiciales y administrativas así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual, y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños en general o a un determinado grupo. El Comité confía en que esta observación general guíe las decisiones de todos los que se ocupan de los niños, en especial los padres y los cuidadores (10)

79 NACIONES UNIDAS, *Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14...*, *op. cit.*, párrafo 34.

80 *Ibid.*, párrafo 46.

81 *Ibid.*, párrafos 48 y 50.

ta de elementos proporcionará orientación a los Estados o los responsables de la toma de decisiones⁸². El Comité estima que los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, son los siguientes⁸³:

a) La opinión del niño, ya que el artículo 12 de la Convención establece su derecho a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan⁸⁴.

b) La identidad del niño. Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior⁸⁵.

c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige «que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño»⁸⁶. Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho «a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño» (art. 9, párr. 3)⁸⁷.

Dados los efectos negativos para el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo⁸⁸.

82 *Ibid.*, párrafo 51.

83 *Ibid.*, párrafo 52.

84 *Ibid.*, párrafo 53.

85 *Ibid.*, párrafo 55.

86 *Ibid.*, párrafo 60.

87 *Ibid.*, párrafo 61.

88 *Ibid.*, párrafo 61.

d) Cuidado, protección y seguridad del niño. Al evaluar y determinar el interés superior de un niño debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3, párr. 2)⁸⁹. También debe tener en cuenta su seguridad: es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (art. 19 y arts. 32 a 39)⁹⁰. Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño⁹¹.

e) Situación de vulnerabilidad. Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única. Debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño⁹²

3. ¿Considera el Comité CEDAW que se protegió?

Como se ha puesto de manifiesto *supra*, el Comité considera determinante si las autoridades españolas aplicaron principios de debida diligencia y tomaron medidas razonables con miras a proteger a la autora y su hija de posibles riesgos en una situación de violencia doméstica continuada,

89 *Ibid.*, párrafo 71.

90 *Ibid.*, párrafo 71.

91 *Ibid.*, párrafo 74.

92 *Ibid.*, párrafo 74.

que se prolongó durante varios años y que el Estado parte no cuestiona en ningún momento⁹³.

Mantiene que sí se podía prever que el comportamiento del padre suponía un peligro para la vida o salud física o psíquica de la menor ya que la separación definitiva de los cónyuges estuvo precedida de múltiples incidentes violentos dirigidos a Ángela y de los que la menor fue con frecuencia testigo. Se dictaron órdenes de alejamiento que eran ignoradas por el hombre sin que ello generara ninguna consecuencia jurídica para él, salvo una condena por una conducta de vejaciones⁹⁴.

Además, a pesar de la insistencia de Ángela, las órdenes de alejamiento no incluyeron a la menor y una orden de alejamiento ordenada en 2000 en favor de ésta fue posteriormente dejada sin efecto, como resultado de un recurso planteado por el padre, para no perjudicar las relaciones entre padre e hija⁹⁵.

Los informes de los servicios sociales repetidamente subrayaron las dificultades de éste para adaptarse a la corta edad de la niña. Un informe psicológico observó en él «un trastorno obsesivo-compulsivo, con rasgos celotípicos y una tendencia a distorsionar la realidad que podría degenerar a un trastorno similar al paranoide».

Además, durante los meses que duraron las visitas no vigiladas varios informes de los servicios sociales señalaron la probabilidad de que existieran situaciones inadecuadas consistentes en reiteradas preguntas del padre a la menor sobre la vida privada de la madre, así como la necesidad de man-

93 NACIONES UNIDAS, CEDAW/C/58/D/47/2012, *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Dictamen en la Comunicación n° 47/2012, de 18 de julio de 2014*, párrafo 9.2, p. 16.

94 *Ibid.*, párrafo 9.3, p. 17.

95 *Ibid.*, párrafo 9.3, p. 17.

tener un seguimiento continuado del régimen de visitas⁹⁶. La decisión mediante la cual se pasó a un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin las necesarias salvaguardas y sin tener en consideración que el esquema de violencia doméstica que caracterizó las relaciones familiares durante años -que el Estado no ha refutado-, aún estaba presente. Tampoco se escuchó a la madre ni a la niña⁹⁷.

Parece evidente que, tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos, tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento del padre.

Considera el Comité que las decisiones que se tomaron no traslucen un interés por parte de esas autoridades de evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto⁹⁸. Se otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad. A este respecto, el Comité recuerda que, en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita, el interés superior del niño debe ser una consideración esencial y que, cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto, deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica⁹⁹. Además, en el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño¹⁰⁰, teniendo en cuenta también la opinión del niño, ya que el artículo 12 de la Con-

96 *Ibid.*, párrafo 9.3, p. 17.

97 *Ibid.*, párrafo 9.4, p. 17.

98 *Ibid.*, párrafo 9.4, p. 17.

99 *Ibid.*, párrafo 9.4, p. 17. NACIONES UNIDAS, CRC/C/GC/14, *Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14, op. cit.*, párrafo 6.

100 *Ibid.*

vención establece su derecho a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan¹⁰¹.

VII. Sobre la responsabilidad del estado y la obligación de indemnizar

1. Tutela judicial efectiva

Proclama el art. 24 de la Constitución que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Es el derecho a obtener una respuesta fundada, es decir, motivada, razonable y no arbitraria sobre todas las cuestiones fácticas y jurídicas que fueron objeto de debate en el juicio. El Juez es ante todo un razonador, por lo tanto la expresión de sus razones a la hora de dictar sentencia es una exigencia ineludible¹⁰².

El sistema institucional de Justicia se incardina en un modelo que, por expresa exigencia constitucional, precisa que la tutela jurídica de los derechos e intereses jurídicos de las personas sea efectiva. Sólo se legitima si es capaz de transmitir a los ciudadanos una «creencia fundada en su idoneidad para el desempeño de las funciones que comunitariamente se le asignan» y para ello debe ofrecer calidad, agilidad y eficacia¹⁰³.

Este derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido *a todas las personas*, constituye un derecho subjetivo público,

101 *Ibid.*, párrafo 53.

102 GIMÉNEZ GARCÍA, J., “Tutela judicial efectiva vs derechos de las víctimas, dilaciones indebidas, prescripción e indultos”, *Eguzkilore. Revista del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 27, 2013, p.32.

103 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “Apunte reflexivo sobre la justicia”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2003, pp. 1560-1563.

un derecho fundamental, de aplicación directa e inmediata que vincula a todos los poderes públicos –conforme al art. 53.1 CE– y merecedor de una tutela jurisdiccional reforzada mediante la posibilidad de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional. Es un derecho que, por la vía del art. 10.2 CE, debe interpretarse conforme a las normas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos y Convenios internacionales sobre las mismas materias ratificados por España¹⁰⁴. Exige que los poderes públicos dispongan un sistema público de Administración de la Justicia integrado por todas aquellas opciones legalmente establecidas para la resolución jurídica de conflictos destinadas a tutelar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos¹⁰⁵. Supone un derecho a la realización de la justicia en el caso concreto, garantizando la igualdad efectiva de las partes y la imparcialidad¹⁰⁶.

La protección jurídica de los derechos ha de otorgarse desde la integridad y el efectivo funcionamiento de la Administración de la Justicia, para la consecución de una solución justa y eficaz al conflicto para el ciudadano y en la oferta de una pluralidad de posibilidades para que éste determine cuál es la más eficiente para la tutela concreta de sus derechos e intereses legítimos en cada asunto¹⁰⁷.

104 CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A.M., “Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 122, 2008, p. 693. GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 224.

105 MARTÍN DIZ, F., “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista europea de derechos fundamentales*, primer semestre 2014: 23, p. 169.

106 *Ibid.*, p. 170.

107 *Ibid.*, p. 170-172.

2. Responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia

La actividad u omisión del Estado en el cumplimiento de cualquiera de sus tres funciones –administrativa, legislativa o judicial– puede causar daños a los ciudadanos que, según la más elemental noción de equidad y justicia deben ser reparados por él¹⁰⁸. El monopolio de la función jurisdiccional por parte del Estado y la configuración de los órganos que la ejercen como un poder implica que éste quede sometido a responsabilidad por el ejercicio de la misma. El art. 9.3 CE garantiza además la responsabilidad de los poderes públicos¹⁰⁹, que opera sin perjuicio de la que pueda exigirse a título individual a Jueces y Magistrados, también prevista en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, como se verá más adelante.

El Tribunal Supremo ha considerado que el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia «abarca cualquier defecto en la actuación de Juzgados y Tribunales, concebidos como un complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades»¹¹⁰.

Dispone el art. 121 CE que los daños causados por error judicial y los que sean consecuencia del funcionamiento

108 SARAVIA FRIAS, S., Responsabilidad del Estado por error judicial y deficiente administración de justicia, p. 265. www.juridicas.unam.mx

109 Art. 9.3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

110 TORNOS MAS, J., La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 13, enero-abril, 1985, p. 96. MAYORDOMO RODRIGO, V., “Atenuación de la pena por dilaciones indebidas y responsabilidad del Estado ante la víctima”, *Revista General de Derecho Penal* 27 (2017) pp. 7 y 8. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2010. Fundamentos de Derecho Quinto.

anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley. Esta remisión del texto constitucional a que se haga «conforme a la Ley» establece un derecho de reparación de configuración legal, lo que significa que, respetados los límites del precepto, el legislador dispone de un amplio margen regulador en la materia¹¹¹. La legislación de desarrollo de esta previsión constitucional no ha añadido ninguna precisión, lo que supone que constituye un concepto jurídico indeterminado, que habrá que analizar caso por caso, sin que pueda concretarse exhaustivamente los supuestos en que concurre. De cualquier modo, consistirá en un actuar u omitir anormal, incorrecto o defectuoso¹¹².

A efectos de mayor seguridad jurídica, sería deseable que los aplicadores de esta previsión normativa (Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado en su respectiva labor asesora; Ministerio de Justicia, en su función resolutoria; y, en su caso, los órganos contencioso-administrativos, en su potestad revisora o de control) —sin perder de vista el caso concreto de que se trate, naturalmente—, elaborasen criterios o interpretaciones «que permitieran, al menos, una cierta previsibilidad y cuya fundamentación alejara cualquier atisbo de arbitrariedad, diferenciación injustificada o mero decisionismo en la solución dada en cada supuesto»¹¹³.

En cuanto a la posibilidad de percibir una indemnización, la LOPJ se ocupa de la cuestión. Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, darán a todos los perjudicados el

111 COBREROS MENDAZONA, E., “Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008, p. 33.

112 *Ibid.*, p. 38.

113 COBREROS MENDAZONA, E., “Funcionamiento anormal...”, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor (art. 292.1 LOPJ).

¿Qué características ha de tener el daño indemnizable? El daño alegado habrá de ser *efectivo, evaluable económicamente e individualizado* con relación a una persona o grupo de personas (art. 292.2 LOPJ). ¿A quién se dirige la petición de indemnización? Cuando es el *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia* el título en el que se basa la pretensión indemnizatoria, el ejercicio de la acción se plantea directamente en vía administrativa ante el Ministerio de Justicia, que es quien —tras los preceptivos Informe del Consejo General del Poder Judicial y Dictamen del Consejo de Estado¹¹⁴ (sin eficacia vinculante pero sí importantes)— ha de apreciar si concurren o no las circunstancias y los requisitos legalmente establecidos para obtenerla reparación. Apreciación inicial del Ministerio de Justicia que, en caso de desacuerdo por parte del interesado, podrá rebatirse por la vía contencioso-administrativa (art. 293.2 LOPJ).¹¹⁵ ¿Puede el perjudicado exigir directamente responsabilidad al juez responsable del daño? No puede. Si el funcionamiento anormal o el error se debieran a dolo o imprudencia grave, la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, podrá exigir, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido, al Juez o Magistrado responsable el reembolso de lo pagado sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que éste ha incurrido. El dolo o culpa grave del Juez o Magistrado se podrá reconocer en sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que

114 Artículo 142.3 de la Ley 30/1992. Esta ley ha sido derogada por la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (art. 81) .Vid. LÓPEZ MARTÍN, A. G., “La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los comités de derechos humanos de Naciones Unidas”, *Revista europea de derechos fundamentales*, 2018, p. 1-23.

115 COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pp. 34-36.

éste determine. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido y la existencia o no de intencionalidad (art. 296.1 y 2 LOPJ).

El Tribunal Constitucional ha advertido de que los defectos estructurales de la organización judicial exculparán de responsabilidad personal a jueces y magistrados pero ello «no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a tales retraso, ni permite considerarlos inexistentes»¹¹⁶. En este sentido, también la Audiencia Nacional y el Consejo de Estado han entendido que la persona reclamante no tiene por qué soportar las deficiencias estructurales ni sus consecuencias¹¹⁷.

Además de lo dispuesto en la LOPJ, varios son los preceptos legales que también se refieren al derecho de los ciudadanos a ser indemnizados. Comenzando por el texto constitucional, el artículo 106 dispone que «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». De ahí que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

El art. 81 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece en su apartado 2: «Cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la

116 Así Sentencia núm. 36/1984, de 14 de marzo.

117 COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pp. 42-48. MAYORDOMO RODRIGO V., “Atenuación...”, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma». Y el apartado 3 del mismo artículo: «En el caso de reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, será preceptivo el informe del Consejo General del Poder Judicial que será evacuado en el plazo máximo de dos meses. El plazo para dictar resolución quedará suspendido por el tiempo que medie entre la solicitud, del informe y su recepción, no pudiendo exceder dicho plazo de los citados dos meses».

Por su parte, Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en el art. 22.13 dispone que la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada –entre otros asuntos– por «reclamaciones que, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se formulen a la Administración General del Estado en los supuestos establecidos por las leyes».

En el caso que nos ocupa, en todas las respuestas a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, la Administración y los tribunales informaron a Ángeles González de que la vía adecuada para solicitar y obtener, en su caso, la reparación no era la vía de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino por error judicial, previsto en el artículo 292, 293 y 296 LOPJ. En la sentencia de 15 de octubre de 2010¹¹⁸, el Tribunal Supremo recordó su jurisprudencia conforme a la cual el error judicial consiste en «la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una relación que rompe la armonía del orden jurídico o la decisión que interpreta equivocadamente el orden jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aplicable en la práctica judicial»¹¹⁹.

118 Sentencia Tribunal Supremo 5349/2010, de 15 de octubre de 2010.

119 *Ibid.* Fundamentos de Derecho Quinto.

El procedimiento a seguir en uno y otro caso es diferente. Mientras la indemnización por causa de error debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca (art. 293.1 LOPJ), la reclamación por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no exige una previa declaración judicial y se formula directamente ante el Ministerio de Justicia (art. 293.2 LOPJ) que es quien –tras los preceptivos *Informe* del Consejo General del Poder Judicial y Dictamen del Consejo de Estado¹²⁰ (cuya importancia, pese a no ser vinculantes, no debe minimizarse en absoluto)– ha de apreciar si concurren o no las circunstancias y los requisitos legalmente establecidos para obtener la reparación. Apreciación inicial del Ministerio de Justicia que, en caso de desacuerdo por parte del interesado, podrá discutirse (como en los casos anteriores) en sede contencioso-administrativa (art. 293.2 LOPJ).¹²¹

El Consejo de Estado¹²² debe pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley. El Consejo ha tenido oportunidad de analizar la eficacia jurídica en el orden interno español de los dictámenes y, en el concreto caso, de los numerosos y repetidos recursos presentados por Ángeles González¹²³. Sólo se ha pronunciado una vez sobre la eficacia de un Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, aunque con gran impacto mediático, y lo ha hecho respecto del dictamen del Consejo de 11 de junio de 2015 (expediente nº 318/2015¹²⁴) que tiene como objeto la Comu-

120 Artículo 142.3 de la Ley 30/1992 y artículo 81 de la Ley 39/2015.

Vid. LÓPEZ MARTÍN, A. G., *op. cit.*, pp., 3 y 4.

121 COBREROS MENDAZONA, E., pp. 34-36.

122 Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Artículo veintidós. Trece.

123 *Ibid.*

124 https://cdn27.hiberus.com/uploads/documentos/2015/07/17/documentos_consejodeestadocarreno_baa2c22f.pdf

nificación nº 47/2012, en el caso de Ángela González Carreño (representada por Women's Link Worldwide) c. España¹²⁵.

A los efectos de determinar la eficacia jurídica del Dictamen del CEDAW, no entra a valorar de manera específica la Convención de 1979 ni su Protocolo Facultativo de 1999 para fundamentar debidamente su argumentación. Ni si España está o no obligada a darle cumplimiento¹²⁶. Su única argumentación para negar eficacia jurídica a los Dictámenes de los Comités de Naciones Unidas consiste en apreciar que tanto el Comité de Derechos Humanos y el CEDAW no son órganos judiciales y que carecen de facultades jurisdiccionales, por lo que no emiten resoluciones vinculantes. El Consejo de Estado, con el único objetivo «de dar forma a los argumentos jurídicos utilizados para la negativa gubernamental a ejecutar tales decisiones, se atrincheró en esa especie de ‘consigna común’, sin entrar en otro tipo de argumentaciones como debiera haber hecho en su condición de supremo órgano consultivo, cuya función es dar respuestas fundadas en derecho, en todo el Derecho, incluido el Internacional»¹²⁷.

Conviene destacar, además, que en todos los supuestos en que ha sido obligatorio el Dictamen del Consejo de Estado en relación con una Decisión de un comité de Naciones Unidas sobre derechos humanos considerando que España había violado alguno de los derechos reconocidos en el correspondiente tratado, ha cuestionado su valor de modo pertinaz, ha negado su eficacia jurídica y ha informado negativamente acerca de la indemnización solicitada en concepto de responsabilidad patrimonial por entender que los órganos internos españoles se han comportado correctamente¹²⁸.

125 LÓPEZ MARTÍN, A. G., *op. cit.*, p. 11.

126 *Ibid.*, pp. 11 y 12.

127 Dictamen del Consejo de 11 de junio de 2015. Quinto IV (expediente nº 318/2015). LÓPEZ MARTÍN, A. G., *op. cit.*, p. 17.

128 LÓPEZ MARTÍN, A. G., *op. cit.*, p. 4.

VIII. Conclusiones

1. Es imprescindible la formación obligatoria de los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica, así como una formación apropiada con respecto a la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, su *Protocolo Facultativo* y las recomendaciones generales del Comité en particular la Recomendación general núm. 19 (1992) y la Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la de 1992.

En el ámbito de la violencia en las relaciones de pareja o familiares, el peculiar escenario de intimidad donde ésta se produce impide apreciar adecuadamente los posibles peligros a los que se ven abocadas las víctimas. La Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado contra la violencia de género¹²⁹ ha modificado –entre otros– los artículos 307, 310 311 y 312 LOPJ, introduciendo pruebas selectivas de especialización en violencia sobre la mujer, semejantes a las que ya existen para la especialización en mercantil o en menores, para el nombramiento de magistrados especialistas en violencia sobre la mujer con preferencia en la provisión de plazas reservadas a especialistas en esta materia.

2. El interés superior del menor no fue prioritario.

Parece evidente, en el caso que nos ocupa, que durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas tanto las au-

129 En diciembre de 2017, los distintos Grupos Parlamentarios, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias, ratificaron el Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Este Pacto supone la unión de un gran número de instituciones, organizaciones y personas expertas en la formulación de medidas para la erradicación de la violencia sobre las mujeres.

toridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija. Las decisiones judiciales que se fueron tomando antes del asesinato de la niña no traslucen un interés de evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto. Y cuando se decidió pasar a un régimen de visitas no vigiladas no fueron escuchadas Ángela ni Andrea.

Todas estas y las demás circunstancias narradas denotan que se minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándolas en una situación de vulnerabilidad y que el interés superior del niño no fue prioritario. A la luz de la Convención CEDAW y de la Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, las autoridades no aplicaron principios de debida diligencia ni tomaron medidas razonables con miras a proteger a Ángeles y a su hija de posibles riesgos en una situación de violencia doméstica continuada. El Estado debería haber explicado qué se consideró que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se basó la decisión y cómo se ponderaron los intereses de la niña frente a otras consideraciones.

3. Se produjo un anómalo funcionamiento de la Administración de Justicia y, por ello, una falta de tutela judicial efectiva. No basta con una declaración formal de la existencia del derecho a una tutela judicial efectiva cuando, para intentar lograr el resarcimiento por su conculcación, se presenta ante la víctima –ya suficientemente afectada por las consecuencias derivadas del hecho delictivo– un tortuoso e inextricable proceso que le invita a desistir de su derecho. Se trata de evitar esa indeseable victimización secundaria.

Los derechos lesionados de Ángela, reconocidos por la Convención y que declara el Dictamen, forman parte del estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español, al ser

Derecho interno con la jerarquía reconocida constitucionalmente. La lesión deriva de la no adopción por los órganos del Estado, en sus diversas esferas, órdenes e instancias, de las medidas necesarias y eficaces que evitasen la discriminación de Ángela, partiendo de que la violencia contra la mujer constituye un acto de discriminación (artículo 1 de la Convención). Supone, además, una vulneración al derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE), pues durante años no se pusieron en marcha medidas que hiciesen efectivas en la práctica previsiones legales existentes; al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), ya que en los diversos procedimientos judiciales que revisaron la práctica administrativa no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada, todo ello con indudable y grave afectación de su dignidad humana y de su derecho a la integridad moral (artículo 15 CE).

Mientras que la indemnización por causa de error judicial debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, la reclamación por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no exige la previa declaración y se formula directamente ante el Ministerio de Justicia, que es quien –tras los preceptivos Informe del Consejo General del Poder Judicial y Dictamen del Consejo de Estado– apreciará si concurren las circunstancias y los requisitos legalmente establecidos para obtener la reparación; apreciación inicial del Ministerio de Justicia que, en caso de desacuerdo por parte del interesado, podrá discutirse en sede contencioso-administrativa.

La demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, formulada en el Dictamen, debió merecer de la Administración General del Estado una consideración expresa, impuesta por el artículo 42 de la Ley 30/1992¹³⁰, dando cum-

130 I. La Administración está obligada a dictar resolución expresa sobre cuantas solicitudes se formulen por los interesados así como en los pro-

plimiento a la obligación internacional y de Derecho interno. Esto constituye, además, el remedio efectivo último para controlar la vulneración de derechos fundamentales permanente en el tiempo, que lo es no tanto por estar vinculada al asesinato de Andrea, cuanto por no haber sido restaurada la lesión de derechos por la Administración tras la conclusión del Comité de la CEDAW. Debe considerarse presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado ya que acredita la existencia de una lesión o daño real y efectivo, individualizado en Ángela y que no estaba obligada a soportar, que se produjo por la desprotección soportada durante años ante una clara situación de discriminación, antes y después del asesinato de su hija; un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como parte integrante del Estado al que imputa una negligente actuación en la protección de sus derechos, y relación entre la lesión antijurídica y la actuación del Estado.

4. El Dictamen emitido por el Comité CEDAW es de obligado cumplimiento en España. El caso Ángela González Parreño permite apreciar la eficacia o no de los principios de legalidad y de jerarquía normativa que la Constitución garantiza; el modo en el que los órganos internos aplican las normas internacionales y la concepción que tienen de las mismas; y si los derechos y libertades objeto de tales sentencias y decisiones de órganos internacionales de control en materia de derechos humanos son efectivos en el caso concreto.

¿Por qué España ratifica el Protocolo Facultativo que atribuye competencia al CEDAW si después no acepta cumplir sus recomendaciones si le son desfavorables? ¿Por qué el Estado se defiende frente al Dictamen si considera que no le vinculan las decisiones del CEDAW?

cedimientos iniciados de oficio cuya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado. Tras ser derogada ésta por la Ley 39/2015, es el artículo 21 el que contempla la obligación de resolver.

Si un tratado internacional sobre derechos humanos ratificado España, o uno de sus Protocolos, crea órganos de control (comités) a los que otorga competencias para emitir Informes u Observaciones Generales o Dictámenes relativos a la clarificación o precisión de los derechos y libertades regulados y para pronunciarse sobre quejas, comunicaciones o reclamaciones de personas físicas o jurídicas que se hallen bajo jurisdicción de los Estados partes, tengan o no formalmente la naturaleza de resoluciones judiciales, difícilmente puede justificarse que el Estado no haga efectivo lo dispuesto en esa resolución. Esta posición se refuerza, además, por el hecho de que el Derecho Internacional es también Derecho interno español una vez recibido en España, conforme a lo establecido en el arts. 95 y 96 CE.

Además, en virtud del artículo 10.2 CE, los órganos del Estado «interpretarán las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con (...) los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España». De modo que no resulta coherente que los órganos de un Estado parte en un tratado internacional sobre derechos humanos no acepten como «auténtica» la interpretación que de dicho tratado internacional lleve a cabo el Comité.

Y todo ello, teniendo en cuenta que España se ha comprometido en la propia Convención CEDAW (artículos 2 y 24) a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional e internacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en ella.

IX. Bibliografía

BOU FRANCH, V., «Las comunicaciones individuales contra España presentadas en el Comité de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho español», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.),

- Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, 2019, pp. 17-44.
- COBREROS MENDAZONA, E., «Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008, p. 33.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., «Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 122, 2008, p. 691-715.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V., «Acoso y Derecho Penal», *Eguzkilo-re. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 25, 2011, pp. 21-48.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Menores en situación de riesgo y desprotección familiar: regulación internacional y española», en VARONA MARTÍNEZ, G., (dir.) *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 291-310.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ C., «La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités» en Escobar Hernández C, (dir.), *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 2, Colección Escuela Diplomática, nº 16, 2010, pp. 179-198.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, 2019, pp. 237-277.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 224.

- GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2018), vol. 10, nº 2, pp. 836-851. Iwww.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4406>
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Reflexiones sobre la ejecución en España de los dictámenes de los comités de control creados por los tratados sobre derechos humanos», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, 2019, pp. 279-297.
- GIMÉNEZ GARCÍA, J., «Tutela judicial efectiva vs derechos de las víctimas, dilaciones indebidas, prescripción e indultos», *Eguzkilore. Revista del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 27, 2013, pp. 31-42.
- LÓPEZ MARTÍN, A. G., «La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los comités de derechos humanos de Naciones Unidas», *Revista europea de derechos fundamentales*, 2018, pp. 1-23.
- MARTÍN DIZ, F., «Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia», *Revista europea de derechos fundamentales*, primer semestre 2014: 23, pp. 161-176.
- MAYORDOMO RODRIGO, V., «El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer: examen de los informes presentados por España», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *España y los órganos de control en materia de Derechos Humanos*, Madrid, 2010, pp. 257-298.
- MAYORDOMO RODRIGO, V., «Atenuación de la pena por dilaciones indebidas y responsabilidad del Estado ante la víctima», *Revista General de Derecho Penal* 27, 2017, pp. 1-32.

- MAYORDOMO RODRIGO, V., «La lucha contra la discriminación de la mujer», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Dilex, S.L., tercera edición, Madrid, 2007, pp. 370-398.
- NÚÑEZ ZORRILLA, C., «El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Persona y Derecho*, vol. 73, 2015/2, pp. 117-160
- SAVE THE CHILDREN, *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, Málaga, 2015, pp. 1-66.
- SARAVIA FRIAS, S., Responsabilidad del Estado por error judicial y deficiente administración de justicia, p. 265. www.juridicas.unam.mx
- SEGURA, C., GIL, M.J., SEPÚLVEDA, M.A. «El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil», *Cuadernos de Medicina Forense*, 12(43-44), Enero-Abril 2006, p. 117-128.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., «Apunte reflexivo sobre la justicia», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2003, pp. 1560-1563.
- TORNOS MAS, J., La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 13, enero-abril, 1985, p. 96.
- VILLÁN DURÁN, C., «El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos» en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en*

materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional, Madrid, 2019, pp. 99-124.

Revista Digital de Medicina
Psicosomática y Psicoterapia