

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo **SECCIÓN TERCERA** *Secretaría de D^a. GUILLERMINA MARTINEZ* **HERNANDEZ**

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 16/04/2024
Fecha Sentencia: 24/04/2024
Núm. de Recurso: 0000002/2022
Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES
Núm. Registro General: 10928/2022
Materia Recurso: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO

Demandante:
Procurador: DON ANÍBAL BORDALLO HUIDOBRO
Letrado: DON JUAN RODRÍGUEZ ZAPATERO
Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA
Codemandado:

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Responsabilidad patrimonial con fundamento en el dictamen del Comité de derechos para las personas con discapacidad de la ONU. Segunda sentencia que se pronuncia con el fin de valorar los presupuestos necesarios para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia, en ejecución de la sentencia pronunciada en Recurso de Casación. Examen del problema que plantea la demandante. Dictamen del Comité de derechos para las personas con discapacidad. Existen varias actuaciones previas de los Tribunales españoles en las que se descarta la presencia de vulneraciones de derechos (derecho a la educación, a la igualdad y a tratos acordes con el artículo 10 CE), y se valoran los hechos denunciados ante el Comité. El Comité asume los hechos denunciados y las pruebas aportadas por los demandantes, que los Tribunales de lo contencioso-administrativo y la Fiscalía ya habían examinado, llegando a conclusiones distintas y opuestas. No concurren los requisitos legales para poder apreciar que existe responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por funcionamiento anormal. El Dictamen del Comité puede ser un título que posibilita una demanda de responsabilidad patrimonial, pero no constituye un título autónomo que de forma automática determine por sí mismo la responsabilidad patrimonial. El ordenamiento jurídico no ha concebido tal previsión, y exige que concurren todos los elementos previstos en el artículo 292 LOPJ. Desestimación del recurso.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección TERCERA

Núm. de Recurso: 0000002/2022
Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES
Núm. Registro General: 10928/2022
Demandante:
Procurador: DON ANÍBAL BORDALLO HUIDOBRO
Letrado: DON JUAN RODRÍGUEZ ZAPATERO
Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr.:

D. JOSÉ FÉLIX MÉNDEZ CANSECO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DIAZ FRAILE
D^a. ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO
D^a. ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO

Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente Recurso tramitado con arreglo al Procedimiento Especial para la Protección de los **Derechos Fundamentales con el número 2/2022** seguido a instancia del Procurador don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de **XXXXXXXXXX**, que actúan defendidos por el letrado don Juan Rodríguez Zapatero, contra la desestimación presunta de la reclamación de 1 de diciembre de 2021, siendo demandada la Administración del Estado (Ministerio de Justicia), representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado, don

José Luis Albácar Rodríguez, siendo parte el Ministerio Fiscal, que actúa a través de don Emilio Miró.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de julio de 2022 el procurador indicado, en nombre y representación de los tres recurrentes, presentó escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo, por el trámite del Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales, contra la desestimación presunta por silencio administrativo del Ministerio de Justicia de la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado (funcionamiento anormal de la Administración de Justicia) presentada con fecha 28 de julio de 2021 y recibida en dicho Ministerio con fecha 1 de diciembre de 2021.

Dicha reclamación tenía como fundamento el Dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 18 de septiembre de 2020 (documento nº 1), emitido por dicho Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo instrumento de ratificación se publicó en el BOE de 22 de abril de 2008 y entró en vigor el 3 de mayo del mismo año. Este Dictamen da respuesta a la reclamación que los padres de XXXXXXXX presentaron, en forma de comunicación ante dicho Comité, exponiendo de manera detallada las actuaciones que se produjeron con respecto a su mencionado hijo, en el ámbito educativo, siendo un alumno que presentaba necesidades educativas especiales en razón de su discapacidad (persona con síndrome Down). A saber, la discriminación sufrida por XXXXXXXX en razón a su discapacidad y en el proceso de su escolarización, siendo objeto de segregación escolar, toda vez que se acordó su escolarización en un centro de educación especial, desconociendo el derecho a la educación inclusiva, y sin tener en cuenta la opinión de los padres ni valorado la adopción de ajustes razonables para permitir que el alumno hubiera podido escolarizarse en el sistema de educación ordinario.

Se detallaron los derechos fundamentales que se habían vulnerado: los contenidos en los artículos 14 (derecho a la igualdad y no ser discriminado); artículo 15 (derecho a la integridad física y moral); artículo 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y artículo 27 (derecho a la educación).

SEGUNDO.- Admitido a trámite el escrito se tuvo por interpuesto el recurso, y se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en procedimiento especial del Capítulo I, Título V de la Ley LJCA, artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, reclamando el expediente de la Administración, del que se dio traslado a la recurrente; tras cumplimentar los trámites legales, la parte demandante evacuó el traslado mediante escrito de demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia “estimando el recurso, estableciendo los siguientes pronunciamientos: a) Declarar la nulidad del acto administrativo impugnado por no ser conforme a derecho, es decir la desestimación presunta por silencio administrativo del Ministerio de Justicia de la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado (funcionamiento anormal de la Administración de Justicia), presentada por mis representados. b) Reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, condenando a la misma en la suma de 350.000 euros por todos los daños y perjuicios causados a los demandantes y en favor de los mismos. c) Acordar la inclusión de XXXXXXXX en programas de formación profesional inclusivos. d) Investigar todos los malos tratos y vejaciones sufridas por XXXXXXXX. e) Reconocimiento público de la violación de los derechos de XXXXXXXX a una educación inclusiva y a una vida libre de violencia y discriminación, así como la violación de los derechos de sus padres al haber sido acusados penalmente de manera indebida por el delito de abandono del menor, lo que conllevó consecuencias morales y económicas. f) Acordar la publicación de dicho Dictamen del Comité de la ONU y su distribución amplia en formatos accesibles para que llegue a todos los sectores de la población. g) Imponer las costas del procedimiento a la Administración demandada”.

TERCERO.- Dado traslado de la demanda, la Abogacía del Estado presentó escrito en el que se opuso a la demanda en mérito a los hechos y fundamentos que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando que se dictara sentencia de conformidad a derecho desestimando las pretensiones de los recurrentes.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal presentó escrito en el que tras exponer el planteamiento que merecía el caso y las consideraciones que estimó oportunas, en defensa de la legalidad, informó favorablemente la pretensión deducida. Alegaba que era procedente acceder a la demanda, adoptando como medida adecuada para el restablecimiento de la situación vulneradora, la condena al pago de la indemnización por daños y perjuicios, en la cuantía solicitada por la demandante o en la que determine la Sala.

QUINTO.- La cuantía del recurso se fijó en 350.000 euros, se dio por reproducida la documental aportada, tras lo cual quedaron los autos pendientes de señalamiento para deliberación, votación y fallo, pronunciando la Sala sentencia con fecha 17 de noviembre de 2022 en la que desestimó la demanda.

SEXTO.- Dicha sentencia fue casada por la sentencia del Tribunal Supremo 1597/2023 de 29 noviembre de 2023, Rec. 85/2023, en la que ordenaba a la Sala dictar nueva sentencia en los siguientes términos: *“ESTIMAR los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de XXXXXXXX por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2022 por la Sección Tercera de la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales de la persona 2/2002, casando y anulando esa resolución judicial. Con devolución de los autos al órgano de instancia a los efectos fijados en el fundamento de Derecho noveno”*. Fundamento que expresa que *“en aplicación del artículo 93.1 de la LJCA, esta Sala debería entrar en el análisis de las cuestiones suscitadas en el recurso contencioso-administrativo, pero la inexistencia de valoración sobre los demás presupuestos necesarios para la apreciación de una responsabilidad por funcionamiento anormal de la administración de justicia obliga a la devolución de los autos a la Sala de instancia para que dicte sentencia de fondo”*.

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas a esta Sala, y el recurso se señaló de nuevo para deliberación, votación y fallo para el día 16 de abril de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERA SENTENCIA. -

I.- Con objeto de establecer los hechos de los que deriva el contencioso y lo acaecido en este recurso contencioso-administrativo DF 2/2022, hemos de fijar previamente los hechos en los que tiene su fundamento, tal y como fueron fijados en primera instancia; y a continuación hemos de hacer el análisis que ordenó el Tribunal Supremo a fin de averiguar si concurren en este caso los elementos que son precisos para dar lugar a la responsabilidad patrimonial que se demanda a través de este procedimiento.

II.- La sentencia casada.-

PRIMERO.- Reclamación Previa de responsabilidad patrimonial.

I.- Los demandantes formularon reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado (Ministerio de Justicia) al amparo de los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015 de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público, tomando como fundamento el Dictamen aprobado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con fecha 18 de septiembre de 2020, en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la Comunicación nº 41/2017. La reclamación por responsabilidad patrimonial presentada el 28 de julio de 2021 se recibió en el Ministerio de Justicia el 1 de diciembre de 2021 (oficio de dicho Ministerio de 8 de febrero de 2022).

En la reclamación exponían que el expresado Dictamen se emitió por dicho Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo instrumento de ratificación se publicó en el BOE de 22 de abril de 2008 y entró en vigor el 3 de mayo del mismo año. Este Dictamen da respuesta a la comunicación de los padres de XXXXXXXX que presentaron comunicación ante dicho Comité exponiendo de manera detallada las actuaciones que se produjeron con respecto a su mencionado hijo, en el ámbito educativo, siendo XXXXXXXX un alumno que presenta necesidades educativas especiales en razón de su discapacidad (persona con síndrome Down).

Las actuaciones y hechos que se han producido con respecto a XXXXXXXX, como ha declarado el Dictamen del Comité, han supuesto un incumplimiento sistemático, esencial y grave de obligaciones y de prescripciones de varios preceptos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -ratificada por España- y que además de constatar graves violaciones de hasta seis preceptos de dicha Convención, ha recomendado el expresado Dictamen del Comité al Estado Español proporcionar una "reparación efectiva" de los graves daños y perjuicios sufridos por XXXXXXXX y sus padres, teniendo en cuenta la desprotección que sufrió el mismo durante muchos años en una situación de manifiesta discriminación por razón de su discapacidad, junto con sus padres, que llegaron incluso a ser objeto de procedimiento penal por delito de abandono de familia en razón a defender el derecho fundamental a la educación inclusiva de su hijo y por tanto no asumir la segregación escolar para el mismo que suponía la decisión de que se escolarizase en un Centro de educación especial.

El Estado Español, alegaban, ha incumplido al día de la fecha en su totalidad las recomendaciones y obligaciones en lo que respecta a los exponentes en su condición de destinatarios del mencionado dictamen del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y ni siquiera ha dado respuesta en el plazo de seis meses establecido en el protocolo facultativo citado sobre qué medidas ha adoptado al respecto del contenido del Dictamen.

La pretensión esencial de la reclamación patrimonial es el cumplimiento íntegro de las "obligaciones" a cargo del Estado español que se establecieron en el Dictamen del Comité de la ONU mencionado de 18 de septiembre de 2020. Por ello no se trata de dejar sin efecto los pronunciamientos judiciales ni las decisiones administrativas que se han producido, sino justamente con base en dicho Dictamen y constatados los incumplimientos del Estado español y la desatención al contenido del Dictamen, solicitar su cumplimiento íntegro y la reparación efectiva que luego se concreta.

II.- Los hechos y antecedentes objeto de la reclamación. Se resumen los hechos o antecedentes conforme a los que constan en el expresado Dictamen del Comité, que fueron íntegramente asumidos por el mismo, a los que nos referiremos más adelante.

III.- Las vulneraciones e incumplimientos de los preceptos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad acreditadas en el Dictamen del Comité de la ONU integran varias vulneraciones de

derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española. Como ya se ha precisado el Estado Español ratificó la Convención y su protocolo facultativo, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008. La Convención forma parte del ordenamiento jurídico interno teniendo plena eficacia obligatoria, vinculante y coercitiva, como cualquier otra norma jurídica del propio ordenamiento jurídico. Y al propio tiempo conforme al artículo 10.2 de la Constitución al ser una norma que se refiere a derechos fundamentales, ha de ser tenida en cuenta en la interpretación de cualquier disposición normativa y cualquier decisión o resolución de los poderes públicos incluyendo desde luego la interpretación y aplicación por parte de los órganos judiciales. Estos dos aspectos resultan incontrovertidos y pacíficos y así está reconocido en una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Destacar únicamente la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al derecho fundamental a la educación inclusiva y la importancia trascendente de la Convención, que se recoge en las sentencias del Alto Tribunal de 14 de diciembre de 2017 (Recurso de Casación 2965/2016) y 21 de junio de 2019 (Recurso de Casación 4651/2018). Partiendo de estas premisas básicas y esenciales, ha de advertirse que las vulneraciones y violaciones de los preceptos de la Convención que están recogidas y detalladas en el Dictamen del Comité de la ONU, encajan y se subsumen en varios preceptos de la propia Constitución española y derechos fundamentales reconocidos en la misma:

- El art. 24 de la Convención se refiere al derecho de las Personas con Discapacidad a una educación inclusiva o en igualdad. Tiene su encaje claro en los arts. 14 y 27 de la CE en cuanto a los derechos fundamentales a la igualdad en relación al derecho fundamental a la educación. Si XXXXXXXX fue privado del derecho fundamental a la educación inclusiva y por tanto se le privó de su inclusión en el sistema educativo ordinario, se produjo una vulneración de los arts. 14 y 27 de la CE. Esa conculcación patente y evidente de este derecho fundamental se mantiene porque como queda acreditado en el informe del Comité, XXXXXXXX no ha recibido una educación inclusiva y lo destaca especialmente el informe del Comité cuando rechaza la inadmisibilidad sobre la comunicación que había alegado el Estado Español diciendo que al estar cursando una formación profesional básica en un centro privado concertado de la Asociación Down León, ya se había satisfecho la solicitud y reparada la vulneración del derecho fundamental. El informe del Comité deja claro que la pretensión no ha sido satisfecha ya que “el ciclo de formación que recibe no es inclusivo ya que está dirigido únicamente para alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo”.

- La vulneración de los arts. 15 y 17 de la Convención que se refieren al derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes y el derecho a la integridad personal tienen su claro encaje en el art. 15 de la CE que reconoce el derecho a la integridad física y moral sin que en ningún caso puedan ser sometidos “a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Y los hechos probados del Dictamen acreditaron plenamente, como ya se ha detallado, que XXXXXXXX fue sometido a abusos, malos tratos y a vejaciones y que la causa de los mismos se debió a su discapacidad.

- En cuanto a las vulneraciones de los arts. 7 (asegurar que todos los niños con discapacidad gocen de los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones que los demás niños y niñas) y art. 23 (respecto del hogar y de la familia), encajan plenamente con los arts. 14 de la CE que reconoce el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación; y con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE toda vez que el propio informe del Comité de la ONU se desprende que se vulneraron tales derechos fundamentales. En cuanto al derecho a la igualdad, quedó acreditado su vulneración con todas las discriminaciones que sufrió XXXXXXXX y también sus padres que tuvieron que someterse a un proceso penal en que se les acusó del delito de abandono de familia y con la posibilidad de haberse visto privados de la patria potestad sobre su hijo

XXXXXXXXX, con todo el daño moral y patrimonial que sufrieron. Y en el propio Dictamen del Comité se deja claro que los órganos judiciales y los tribunales que conocieron de las pretensiones de XXXXXXXXX en orden a una educación inclusiva, no fueron atendidas, al no haberse tenido en cuenta muchas de las alegaciones de los padres de XXXXXXXXX ni pruebas esenciales, ni desde luego se efectuó una ponderación de los derechos fundamentales invocados.

En consecuencia, se han producido estas vulneraciones de derechos fundamentales y especialmente de los arts. 14 (derecho a la igualdad y a no ser discriminado); 15 (derecho a la integridad moral); 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 27 (derecho a la educación). Y estas vulneraciones son imputables a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que no reparó la vulneración de tales derechos fundamentales ya que en los diversos procedimientos judiciales en que se revisó la actuación administrativa no se dio amparo efectivo a los derechos de XXXXXXXXX, hijo de los exponentes. Y por lo tanto, reclama la reparación con base en las consideraciones y conclusiones del Dictamen.

SEGUNDO.- Demanda contencioso-administrativa.-

Tras reiterar en lo sustancial estos hechos la demanda apela a la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 (Recurso de Casación 1002/2017), de acuerdo con la que los dictámenes de los comités de la ONU que interpretan las convenciones internacionales suscritas y ratificadas por España son vinculantes y obligatorios para el Estado Español y un presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial.

En este caso, afirma la parte demandante, ha de precisarse que se trata del supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia del artículo 292 LOPJ, por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, teniendo en cuenta que lo determinante es que se han producido una serie de daños y perjuicios para XXXXXXXXX y sus padres que no tienen obligación de soportar, que tiene su causa en la situación de desprotección de derechos fundamentales y una situación acreditada de discriminación patente en razón a la discapacidad de XXXXXXXXX y segregación escolar, que no ha sido resarcida y que los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal no repararon, por lo que concurren todos los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para la apreciación de responsabilidad patrimonial del Estado que deriva de ese funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Así:- Se pueden concretar los siguientes daños:

- Los daños causados a XXXXXXXXX al privarle de una educación inclusiva y en igualdad con los demás alumnos sin discapacidad, vulnerando su derecho a la educación cuya esencia conforme al artículo 27 de la CE es el pleno desarrollo de la personalidad humana. Ello le ha impedido de manera grave poder llevar a cabo y desarrollar sus capacidades y potencialidades, comprometiendo seriamente su futuro social y laboral y, por tanto, con las consecuencias gravosas y perjudiciales para el mismo en cuanto al acceso a un empleo en igualdad de condiciones con las demás personas, siendo este un daño irreparable.

- Los perjuicios causados a XXXXXXXXX permanecen al día de la fecha habiéndose escolarizado en un Centro específico para personas con síndrome Down. Pero se le ha negado el derecho que tenía y tiene a cursar formación profesional básica en el ámbito del sistema educativo ordinario realmente inclusivo.

- Es incuestionable y están plenamente probados los abusos, malos tratos físicos, vejaciones y una situación de discriminación continuada que sufrió XXXXXXXXX en el Centro escolar público XXXXXXXXX de León.

- Los padres de XXXXXXXXX han sufrido daños morales por toda esta continua discriminación y segregación escolar de XXXXXXXXX y viéndose además desprotegidos toda vez que no se restablecieron los derechos

fundamentales de su hijo ni se puso fin a esa situación de discriminación como consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

- También han sufrido daños personales y morales los padres de XXXXXXXX al verse sometidos a un proceso penal teniendo que sentarse en el banquillo como acusados por un delito de abandono de familia por defender los derechos de su hijo y en concreto el derecho fundamental a una educación inclusiva y en igualdad.

- Un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El Estado, a través de la Administración de Justicia, durante más de once años no ha puesto fin a la situación de discriminación y conculcación de derechos fundamentales de XXXXXXXX, afectando además a su propia dignidad e integridad moral, plenamente constatado por el Dictamen del Comité.

- Nexo causal y evidente relación entre las lesiones antijurídicas y los daños y perjuicios sufridos por XXXXXXXX y sus padres y la actuación del Estado de la que forma parte la Administración de Justicia.

- La reclamación se presenta en plazo legal. Se trata de daños continuados que persisten al día de la fecha porque persisten las violaciones y vulneraciones de derechos fundamentales cuyos efectos y consecuencias no se han reparado por el Estado español. Como consecuencia, destaca las obligaciones de reparación efectiva y resarcimiento de daños y perjuicios a cargo del Estado español y en favor de XXXXXXXX y en favor del hijo de ambos XXXXXXXX

Las obligaciones que impone el Comité son las siguientes: "i) Proporcionarles una reparación efectiva, incluido el reembolso de cualesquiera costas judiciales en que haya incurrido, junto con una indemnización, tomando en cuenta también los daños emocionales y psicológicos sufridos por los autores como consecuencia del trato recibido y del manejo de su caso por las autoridades competentes; ii) Garantizar que XXXXXXXX sea incluido en un programa de formación profesional "efectivamente" inclusivo, en consulta con el mismo y sus padres; iii) Proceder a investigar efectivamente las alegaciones de malos tratos y discriminación presentadas por los autores, y asegurar que se depuren responsabilidades a todos los niveles; iv) Reconocer públicamente, conforme al presente dictamen, la violación de los derechos del niño XXXXXXXX a una educación inclusiva y a una vida libre de violencia y discriminación, así como la violación de los derechos de sus padres a haber sido acusados penalmente de manera indebida por el delito de abandono del menor, lo que conllevó consecuencias morales y económicas; v) Publicar el presente dictamen y distribuirlo ampliamente, en formatos accesibles, a fin de que llegue a todos los sectores de la población".

En cuanto a la medida concreta del apartado i) es decir, la "reparación efectiva" tanto de los daños patrimoniales como los daños morales (emocionales y psicológicos) sufridos, en lo que se refiere a los daños patrimoniales, en ellos se engloban los costes de haber tenido que pagar la formación y educación de XXXXXXXX a través de Centros y servicios privados así como los apoyos psicológicos.

Estos daños patrimoniales están acreditados en la propia sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de León de fecha 20 de abril de 2015 -que se aporta como documento nº 6 de la reclamación- en la que se declara probado que los padres de XXXXXXXX consideraron que llevarle a un Centro de educación especial era una segregación y discriminación hacia su hijo y "tomaron la determinación de acudir a servicios privados de apoyo psicológico, formación y educación, por considerar esta opción más apropiada para las circunstancias de su hijo XXXXXXXX". Todos estos gastos fueron costeados por los padres de XXXXXXXX y también los gastos judiciales, sin que dado el tiempo transcurrido se conserven justificantes pero que pueden estimarse en la cantidad alzada de 25.000 euros.

En cuanto a los daños morales el propio Dictamen del Comité establece claramente que se han producido aludiendo a los “daños emocionales y psicológicos” sufridos por los autores como consecuencia del trato recibido y del manejo de su caso por las autoridades. Estos perjuicios morales, especialmente los referidos a XXXXXXXX, son por su propia naturaleza irreparables y en todo caso tienen una intensidad muy grave toda vez que se han violado derechos fundamentales tan esenciales, como el derecho a una educación en igualdad inclusiva y a no ser discriminado (arts. 14 y 27 de la CE); o el derecho fundamental a la integridad física y moral y no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes (art. 15 de la CE). Junto con ellos la vulneración del derecho de la tutela judicial efectiva, toda vez que los órganos judiciales que examinaron y revisaron las actuaciones administrativas y los malos tratos con respecto a XXXXXXXX no dieron respuesta eficaz ni de amparo, siendo la causa determinante por la que el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad acreditó y constató incumplimientos esenciales de obligaciones por parte del Estado español con respecto a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se traducen y son trasladables, como se ha visto (apartado V de esta reclamación) a varias vulneraciones de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Estos daños morales se cuantifican en la suma de 325.000 euros. Es decir, el total indemnizatorio asciende a la suma de 350.000 euros.

TERCERO.- Contestación de la Abogacía del Estado.-

La Abogacía del Estado se opone a este planteamiento, alegando que en ,primer lugar, la reclamación se promueve a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, de modo que procedería la desestimación del recurso por cuanto la denegación (presunta) de la indemnización de responsabilidad patrimonial del Estado no constituye, per se, infracción de los artículos 14 (derecho a la igualdad y no ser discriminado); artículo 15 (derecho a la integridad física y moral); artículo 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y artículo 27 (derecho a la educación). En efecto, no reconocer una indemnización no supone ni puede suponer infracción de tales derechos fundamentales. Salvo en casos excepcionales en que precisamente la no indemnización constituya la infracción del derecho fundamental, no puede acudir al proceso contencioso-administrativo especial cuando no se pretende discutir la existencia o no de violación a derecho fundamental sino solamente la procedencia o no de indemnización debida a aquella infracción.

En lo que respecta al fondo del asunto, el escrito de demanda se funda en el Dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 18 de septiembre de 2020, basándose en la existencia de una suerte de automatismo: Si el dictamen señala la existencia de violaciones de derechos fundamentales y apunta la necesidad de una reparación, automáticamente ha de reconocerse por la Administración (y por la Sala) que existe una responsabilidad patrimonial y debe abonarse la indemnización.

Argumenta el automatismo indicado en la doctrina de una concreta sentencia del TS de 17 de julio 2018 (recurso 1002/ 2017), que, se separa de la doctrina sentada en otras muchas resoluciones del TS y del TC. También se cita la reciente sentencia de la Sección 5ª de la Sala de 27 de abril de 2022, que la Abogacía del Estado conoce y ha recurrido en casación ante el TS. No puede afirmarse el carácter vinculante del dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y menos considerar tal dictamen, no sólo como presupuesto para iniciar la reclamación de responsabilidad patrimonial, sino como la prueba misma de la existencia de responsabilidad patrimonial.

La redacción común en los distintos tratados sobre los dictámenes de los comités es: El Estado Parte prestará la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y presentará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida adoptada a la luz de las opiniones y recomendaciones del Comité.

La jurisprudencia es constante en dar un papel interpretativo a los dictámenes de los Comités de las Naciones Unidas dado que no son órganos judiciales y, por tanto sus dictámenes ni son ejecutivos ni son vinculantes, destacando la diferencia que existe entre estos dictámenes y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con la doctrina constitucional condensada en la STC 23/2020 FJ 6.

La doctrina constitucional tiene reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así la Sentencia de la Sala de lo Penal nº 338/2015 en su FJ 7º que remarca la diferencia originada en los tratados respectivos, entre las sentencias del TEDH y los dictámenes de los comités de las NNUU. En el mismo sentido la sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2015 FJ 7º.

La sentencia del TS de 17 de julio de 2018, que constituye el principal fundamento de las pretensiones de los demandantes, es una excepción a la doctrina del TC y del TS citada anteriormente. Con posterioridad la Sala especial de Tribunal Supremo (STS 1/2020) ha considerado que un dictamen no es motivo de revisión de una sentencia.

En particular puede poner de relieve la posición de la Sala II del Tribunal Supremo en su Auto de 21 de junio de 2019. No es posible la concesión de forma automática de responsabilidad patrimonial por vulneración de derechos fundamentales, vinculada automáticamente al dictamen, sin realizar con arreglo a la legislación española un análisis de la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial para concederla. El dictamen de un Comité de las NNUU puede servir de base para una reclamación jurisdiccional posterior, pero en ningún caso estará vinculada su resolución por la decisión del Comité. Ello supone, en base a los razonamientos contenidos en anteriores fundamentos, la necesaria desestimación de la pretensión indemnizatoria.

En todo caso, la denegación de la indemnización reclamada resulta conforme a derecho. Los recurrentes, tanto en el escrito de demanda como, especialmente, en su solicitud inicial ante el Ministerio de Justicia, formulan una reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia. Tal responsabilidad patrimonial se regula, como es sabido, en nuestro ordenamiento en los artículos 292 y siguientes de la LOPJ.

La reclamación de responsabilidad en el presente caso se funda en las presuntas vulneraciones de derechos fundamentales y los consiguientes daños causados en la tramitación de un proceso penal en el que el menor discapacitado estaba implicado.

En concreto, los demandantes atribuyen las vulneraciones a las resoluciones judiciales (de medidas cautelares) dictadas en el indicado procedimiento. En consecuencia, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 293.1 de la LOPJ: "La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión.... La reclamación se basa, en definitiva, en lo desacertado de ciertas resoluciones judiciales, lo que constituye la figura del error judicial, debiendo haber acudido a la vía adecuada en ese caso, como es su previa declaración.

Con carácter subsidiario, también impugna la cuantificación de la indemnización que, de forma arbitraria, realiza el escrito de demanda, sin justificación de ningún tipo.

Por todo lo anterior, el recurso debe ser desestimado, y confirmada la denegación presunta de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- Informe del Ministerio Fiscal.-

El Ministerio Fiscal entiende que la demanda debe ser estimada, toda vez que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno. (artículos 96.1 CE, 1.5 Cc y 28 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales). Y, en consecuencia, "Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado

deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados" (artículo 29 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales).

Destaca la prevalencia de los tratados, conforme al artículo 31 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, de acuerdo con el que "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional".

De ahí que habiendo sido ratificada la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe reconocerse su carácter vinculante y la protección efectiva que despliega, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4, nº 1263/2018, de 17-7-2018, recurso nº 1002/2017 (FFDD 7.2, 3, 4).

La demandante, tras agotar los recursos de la jurisdicción interna, formuló comunicación al Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (Comunicación n. 41 /2017).

El Comité emitió dictamen de 20 de agosto de 2020, en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación nº 41/17, declarando la vulneración de preceptos de la Convención protectores de derechos humanos; Se considera que la desestimación por silencio administrativo por parte de la Administración Pública demandada, respecto de la solicitud de responsabilidad patrimonial formulada por la demandante, para obtener la reparación indemnizatoria instada por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, sin que conste la debida motivación (artículo 35.1 a Ley 39/2015 LPACAP), de conformidad con el art. 47.1 a) Ley 39/2015 PACAP, es nula de pleno derecho en cuanto lesiona el derecho fundamental del artículos 14, 15 y 27. CE, por no proporcionar una reparación efectiva y adecuada. De conformidad con el artículo 31.2 LJCA, procede adoptar como medida adecuada para el restablecimiento de la situación vulneradora, la condena al pago de la indemnización por daños y perjuicios, en la cuantía solicitada por la demandante o en la que determine Sala.

A continuación, la sentencia analizó el ámbito y finalidad del procedimiento para la protección de derechos fundamentales, a través del que se había encauzado la pretensión, a saber, la demanda de responsabilidad patrimonial, para, a renglón seguido proceder a la delimitación de la naturaleza los dictámenes de los Comités de derechos humanos de la ONU y su fuerza ejecutiva a tenor de los Tratados suscritos por el estado español. Así, la sentencia razona lo siguiente:

QUINTO.- Los Dictámenes del Comité sobre las personas con discapacidad (Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006).-

Como quiera que la acción de responsabilidad patrimonial se sustenta en la falta de cumplimiento del Dictamen del Comité sobre las personas con discapacidad (el Comité), en el que se estableció la vulneración del Convenio, en sus artículos 7, 15, 17, 23 y 24, que encuentran su parangón en la Constitución (artículos 15,15,24 y 27), hemos de referirnos en primer lugar a la naturaleza y funciones del referido Comité, y la proyección que sus conclusiones pueden tener en el caso de resoluciones judiciales firmes en las que se han examinado las infracciones de derechos fundamentales que aquí se denuncian.

Se trata de examinar la fuerza ejecutiva que tienen tales dictámenes en el marco del derecho interno.

Este Comité aparece contemplado en el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En él se prevé la constitución de un Comité que desempeñará las funciones que se enuncian a

continuación, compuesto por un número de expertos designados por la Conferencia de Estados parte sobre la base de los candidatos propuestos por dichos estados.

La función del Comité se desarrolla a través de Informes en los que hace recomendaciones y sugerencias a los estados parte (artículo 35 y 36 Convenio), con el fin de lograr un mejor cumplimiento del Convenio y de las obligaciones en él asumidas, en orden a asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por tal motivo (artículo 4 y 1). Lo que comprende medidas legislativas, administrativas y de otra índole para hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención, incluidas las modificaciones legales y practicas existentes, extendiéndoles a políticas y programas, promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, promover la investigación y desarrollo de bienes etc.

El Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York 13 de diciembre de 2006, ratificado por España el 23 de noviembre de 2007), con entrada en vigor en 2008, se pronuncia en los mismos términos, concediendo competencia al Comité para "recibir y considerar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por un estado parte de cualesquiera de las disposiciones de la Convención" (artículo 1 Protocolo).

El mecanismo de toma en consideración de las quejas se articula mediante "sugerencias y recomendaciones" al estado parte interesado y al comunicante (artículo 5 Protocolo). Concluida la investigación y el informe del Comité en el plazo de 6 meses el estado parte presentará sus propias observaciones (artículo 5 y 6 Protocolo).

Transcurrido ese plazo de 6 meses, el artículo 7 del Protocolo prevé que *"1. El Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo al artículo 35 de la Convención pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo.*

2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 4 del artículo 6, el Comité podrá, si fuera necesario, invitar a Estado Parte interesado a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación".

Estos informes tienen la naturaleza de recomendaciones y sugerencias, en el marco de la propia finalidad del Convenio, y no vienen dotados de carácter ejecutivo o mecanismos coercitivos en orden a imponerse a los propios estados, como si el Comité fuera una instancia supranacional con competencias jurisdiccionales cedidas por los estados (conforme prevé el artículo 93 CE). Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han remarcado estas limitaciones, destacando que el Comité carece de potestades jurisdiccionales o de facultades para la interpretación auténtica de los derechos establecidos en el Tratado puesto que este no le confirió esa competencia, a diferencia de las que sí ostenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas decisiones sí pueden sobreponerse en determinados casos a las de los estados dejando sin efecto resoluciones jurisdiccionales firmes (artículo 5 bis LOPJ y artículo 46 -Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias- CEDH).

El Tribunal Constitucional, señala en la reciente sentencia del Pleno, 23/2020 de 13 febrero 2020, Rec. 3807/2018, que *"a diferencia de las funciones atribuidas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el convenio que lo instituye, el comité es una instancia no jurisdiccional de tutela de los derechos, un órgano de garantía que, mediante dictámenes, resuelve las quejas que pueden presentarse individualmente. Pero, como destacamos en la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, en virtud de los arts. 41 y 42 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y del Protocolo facultativo de 16 de diciembre de 1966, las competencias del comité le habilitan exclusivamente para recibir y examinar comunicaciones, tanto de estados parte que aleguen que otro estado parte incumple las obligaciones del Pacto, como de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Y, respecto de las comunicaciones individuales, en virtud del art. 5 párrafo*

4 del Protocolo facultativo, para presentar sus observaciones al estado parte y al individuo, haciendo constar en su caso la existencia de una violación del Pacto en el caso concreto. Debido a su naturaleza, "las observaciones" que en forma de dictamen emite el comité no son resoluciones judiciales, puesto que el comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 PIDCP), y sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que, en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia".

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en idéntico sentido. Así, la sentencia de 6 de febrero de 2015 (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 6 febrero 2015, Rec. 120/2013), recuerda la Jurisprudencia del TC, y señala que:

- Así es, los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no tienen carácter vinculante, pues el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, firmado por España el día 28 de septiembre de 1976 (BOE de 30 de abril de 1977), cuando regula, en los artículos 28 y siguientes, al citado Comité, especialmente en los artículos 41 y 42, no diseña un órgano jurisdiccional, con facultades de carácter jurisdiccional, es decir, para determinar el Derecho de forma definitiva en caso de conflicto e imponerse frente a todos. Ni tampoco se le atribuye al mismo el monopolio para la interpretación y aplicación de sus normas. El artículo 41.1. h) del Pacto al describir el contenido de los informes se señala que "se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados partes interesados" y "en cada asunto enviará un informe a los Estados partes interesados".

- El valor jurídico de los informes o dictámenes del Comité, por tanto, ha de considerar las disposiciones del Tratado y que no tienen fuerza ejecutiva, lo que no significa que no deban ser tenidos en cuenta por los Estados para encauzar su acción legislativa de forma que se cumplan las exigencias derivadas de la interpretación que, de las normas del Pacto, hace el Comité, pues lo cierto es que el Pacto forma parte de nuestro Derecho interno según el artículo 96.1 de la CE.

- las normas sobre los derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución reconoce se interpretarán, ex artículo 10.2 de la CE, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Esta función interpretativa sigue la STC 116/2006, de 24 de abril.

Más recientemente, se sigue esta misma línea en sentencia de 8 de julio de 2020 (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 380/2020 de 8 julio 2020, Rec. 4006/2018).

No se cuestiona, por tanto, que el dictamen del Comité de Derechos Humanos sea vinculante para el Estado, pero esa vinculación tiene el alcance previsto en los tratados internacionales en los que se definen sus competencias y los efectos de los informes (conforme hemos expresado en otros casos; así, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 1 julio 2021, Rec. 2/2020)

SEXTO.- Violaciones denunciadas: Actuaciones precedentes. Imposibilidad de dejar sin efecto resoluciones con autoridad de cosa juzgada.

I.- El demandante centra su demanda en la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (artículo 292 LOPJ), constatado en el Dictamen del Comité, tras examinar las actuaciones judiciales y de investigación que se practicaron con ocasión de la escolarización del menor XXXXXXXX.

Los hechos que expuso el demandante ante el Comité se resumen en el mismo, y de ellos se desprende que los derechos humanos que se dicen vulnerados por el estado español, a la luz de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, ya fueron examinados en su día por las instancias competentes internas e incluso por el TEDH, que no admitió la demanda de protección de derechos promovida ante dicho Tribunal.

En efecto, veamos en síntesis la exposición que el demandante hizo ante el Comité, y recoge el mismo, puesto que resulta muy ilustrativa a efectos de resolver el recurso y constatar que los órganos jurisdiccionales se pronunciaron en sentido distinto del que propuso el Comité.

El Dictamen contiene en el apartado A el "Resumen de la información y alegaciones de las partes":

Los hechos expuestos por los autores:

2.1 En septiembre de 2009, XXXXXXXX, con 10 años de edad, empezó el 4º curso de educación primaria obligatoria en el colegio público ordinario XXXXXXXX donde había estudiado los años anteriores con el apoyo de una Asistente Técnico Educativa. Hasta ese momento, su integración en el colegio con compañeros y profesores había sido buena. Sin embargo, desde el comienzo del 4º curso, su tutor X no le aceptó por su discapacidad, discriminándole y sometiéndole a situaciones de abandono y maltrato. Según pruebas testificales realizadas el 23 de enero de 2012 ante el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de León, dos madres de compañeros de clase de XXXXXXXX declararon que el tutor llegó a coger del cuello al autor amenazándolo con tirarlo por la ventana, y le amenazó con golpearle con una silla. El tutor manifestó a los padres de XXXXXXXX que era "insociable y peligroso", y le aconsejaron que lo trasladara a un centro de educación especial. Igualmente, XXXXXXXX fue objeto de agresión física por parte de una profesora y que le propinó unas bofetadas. A pesar de que los padres de XXXXXXXX denunciaron los hechos ante la Directora Provincial de Educación, estos no fueron investigados.

2.2 El 1 de diciembre de 2009, se redactó un informe psicopedagógico que menciona que XXXXXXXX tenía un "trastorno por déficit de atención y comportamiento perturbador", aludiendo incluso a una categoría de " trastorno negativista desafiante". En enero de 2010, el colegio solicitó la intervención del Equipo Especifico de Conducta y una trabajadora social empezó a intervenir de forma periódica con el niño en el Colegio proporcionando pautas educativas a la familia y al profesorado.

2.3 En septiembre de 2010, XXXXXXXX empezó el 5º curso de educación primaria obligatoria, con el tutor Z, Desde el principio del curso hasta el 28 de octubre de 2010, XXXXXXXX no contó con el apoyo de la Asistente Técnico Educativa, como venía haciendo en los años anteriores, ya que el tutor Z no lo consideró necesario. Solo después de que sus padres presentaran quejas al respecto, se le permitió a XXXXXXXX ser acompañado de su asistente. Sin embargo, el tutor mantuvo una actitud negativa hacia el asistente y no colaboró con ella. Los autores indican también que el 19 de enero de 2011, otra profesora manifestó su rechazo solicitando a su padre que le trasladara a un centro de educación especial. El abandono y maltrato ejercidos por el profesorado continuó, y la dirección del centro educativo no tomó ninguna iniciativa para solucionar la situación, a pesar de las quejas presentadas por los padres de XXXXXXXX ante la Dirección Provincial de Educación.

2.4 El 13 de diciembre de 2010, la trabajadora social B elaboró un informe socioeducativo sobre XXXXXXXX en el que se resalta que en 4º de Primaria comenzó a manifestar problemas de adaptación escolar por una mala relación con su tutor, según sus padres. La trabajadora hizo una evaluación positiva de XXXXXXXX en las áreas sensorial, de motricidad, de autonomía personal, de comunicación y de habilidades específicas. Concluyó que, analizando el contexto escolar "y teniendo en cuenta las complicaciones surgidas en la dinámica de las relaciones alumno-profesores/as y otros profesionales, así como con el resto de los alumnos del colegio, parece razonable que XXXXXXXX cambie de colegio (aunque de similares características y recursos). No es necesario profundizar mucho para llegar a la conclusión de que el niño está aquí muy condicionado para dar respuestas inadaptadas y a la vez muy difícil modificar una dinámica tan compleja y tan arraigada. Ambos factores convierten

a la situación en prácticamente irreversible y muy lesiva para ambas partes, pero fundamentalmente para el niño que es el más vulnerable (primero porque es un ser humano en formación y segundo por tratarse de una persona "deficiente"). La trabajadora señala que los equipos directivos deberían definir el proceso pedagógico de XXXXXXXX y garantizar un marco de cooperación con la familia para perseguir su bienestar personal y escolar. Los autores resaltan que la trabajadora social no consideraba en forma alguna necesario que fuera escolarizado en un centro de educación especial.

2.5 El 17 de diciembre de 2010, se realizó un dictamen de escolarización a XXXXXXXX sin pedir la autorización a sus padres. En dicho informe se habla de un "comportamiento perturbador" de XXXXXXXX, de "brotos psicóticos" así como de un retraso evolutivo general "asociado al síndrome Down". Dicha terminología es más propia de la psicología clínica que de un informe psicopedagógico y, por su especialidad, las autoras del mismo no estaban capacitadas para efectuar esas apreciaciones, insistiendo en la discapacidad psíquica de XXXXXXXX. Las autoras del informe no contaron con los padres ni se entrevistaron con ellos. Los autores indican que el informe tiene carencias importantes al no recoger todas las circunstancias reseñadas en lo relativo a los abusos sufridos y la falta de apoyo educativo que sufrió XXXXXXXX.

2.6 El 21 de marzo de 2011, después de que los padres de XXXXXXXX manifestaran su disconformidad con el primer informe, se realizó un segundo dictamen de escolarización, sobre el cual los padres de XXXXXXXX manifestaron también su disconformidad. El informe proponía la escolarización de XXXXXXXX en un centro educativo especial. La conclusión del informe resulta inválida ya que no toma en cuenta el contexto de discriminación y malos tratos que sufrió XXXXXXXX, como refleja el siguiente apartado del informe: "el trato del profesorado hacia el niño es bueno. En este momento las relaciones se ven totalmente afectadas por los problemas de conducta del niño y las dificultades para poder controlarlas por parte del profesorado".

2.7 El 6 de mayo de 2011, los padres de XXXXXXXX denunciaron ante la Fiscalía de menores de XXXXXXXX el maltrato y discriminación sufridos por XXXXXXXX durante los cursos escolares 2009/10 y 2010/11. La denuncia fue archivada el 4 de octubre de 2011 "al no apreciar [...] infracción penal en la actuación de los responsables educativos relativas a agresión, coacciones o maltrato hacia [XXXXXXXX] sin que [fuera] competencia de [la] Fiscalía, sino de otras instancias jurisdiccionales, la resolución de otros aspectos contemplados en el escrito de 6 de mayo de 2011".

2.8 El 20 de junio de 2011, la Dirección Provincial de Educación resolvió autorizar la matriculación de XXXXXXXX en el Centro Educativo Especial XXXXXXXX 2.9 El 19 de septiembre de 2011, los padres de XXXXXXXX presentaron un recurso por el procedimiento especial de derechos fundamentales ante el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de León en el que impugnaban la decisión de la Dirección Provincial de Educación. Solicitaron al Juzgado que declarara la nulidad de dicha resolución y que reconociera el derecho de XXXXXXXX a ser escolarizado en un centro público educativo ordinario. Argumentaron que la resolución era contraria a los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la igualdad (art. 14 de la Constitución española) en relación con el derecho a la educación (art. 27 de la Constitución española) y el derecho a la integridad moral del menor (art. 15 de la Constitución española) en relación con el principio sobre la dignidad de la persona (art. 10 párrafo 1 de la Constitución española).

2.10 El 20 de julio de 2012, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de León desestimó el recurso presentado por los padres de XXXXXXXX.

2.12 El 24 de septiembre de 2012, los padres de XXXXXXXX presentaron un recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de León.

2.13 El 22 de marzo de 2013, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León desestimó el recurso de apelación alegando que no existía violación del derecho a la igualdad (art. 14 de la Constitución española), en relación con el derecho a la educación y al principio sobre la dignidad de la persona (arts. 27 y 10 párrafo 1 de la Constitución). El Tribunal consideró, en línea con la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de León, que no es válido realizar una comparación entre niños con discapacidad y niños sin discapacidad, y que por lo tanto, la matriculación de niños con discapacidad en centros educativos especiales no puede constituir discriminación. La sentencia del Tribunal reconoce que "[e]fectivamente, la situación en el centro en los últimos años no fue la adecuada a las necesidades del [XXXXXXX], parte del profesorado no tuvo una mínima actitud de colaboración, o si se prefiere, la reacción del centro no fue la inmediatamente exigible para con la actuación del profesorado (asumiendo siquiera a efectos dialécticos las graves imputaciones dirigidas contra varios docentes [...]), pudo haber incluso un funcionamiento anormal, pero ese era el clima del centro en el que se ubicaba la educación y asistencia del menor". No obstante, el Tribunal reiteró que la decisión administrativa estaba justificada en tanto que, como reflejado en los dos dictámenes de escolarización de fechas 17 de diciembre de 2010 y de 21 de marzo de 2011, el menor demuestra "un retraso considerable en su desarrollo educativo y cognoscitivo, junto con unos problemas conductuales de especial relevancia, incluyendo brotes psicóticos con actuaciones disruptivas". Consideró que el informe del perito G.C., no ofrecía garantías de acierto e independencia suficientes para desvirtuar los dos informes realizados por la administración. Estimó que las necesidades específicas de apoyo que requiere XXXXXXXX son tanto de naturaleza educativas especiales como de modificación de su conducta. Según el Tribunal, esta circunstancia, unida a que tan solo en situaciones de trabajo individualizado con profesora especialistas con larga relación temporal con XXXXXXXX, el mismo ofrece respuesta aceptable a las situaciones de aprendizaje, determina que éste debería abandonar su enseñanza en un centro de educación ordinario.

2.14 El 30 de abril de 2013, los padres de XXXXXXXX interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, alegando la violación del derecho a la educación (art. 27 de la Constitución española), conjuntamente con el derecho a la igualdad (art. 14 de la Constitución española). El 31 de marzo de 2014, el Tribunal Constitucional notificó al autor la no admisión de su recurso dada la manifiesta ausencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo.

2.15 El 14 de mayo de 2013, los padres de XXXXXXXX pusieron una segunda denuncia ante la Fiscalía Provincial de León sobre la discriminación y abusos sufridos por XXXXXXXX en el centro escolar. La denuncia incluía como elemento nuevo la información reflejada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y LeónEl 8 de octubre de 2013, la Fiscalía acordó que la denuncia siguiera archivada, como se acordó en la decisión previa por no apreciar en las conductas de los profesores o responsable educativos "la habitualidad en el trato degradante, intensidad suficiente o dolo específico y finalístico de vejación, denigración o humillación".

2.16 El 12 de mayo de 2014, la Fiscalía Provincial de León presentó una denuncia ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de León en contra de la decisión de los padres de XXXXXXXX de no llevarlo al Centro Educativo Especial XXXXXXXX....El 20 de abril de 2015, el Juzgado de lo Penal nº 1 de León absolvió a los padres de XXXXXXXX por el delito de abandono de familia.

2.17 El 26 de septiembre de 2014, los padres de XXXXXXXX presentaron su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, solicitando que se declare que ha existido violación del artículo 14 del Convención Europeo de los Derechos Humanos y que se condene al Estado parte a abonar al autor a la suma de 100.000 euros en concepto de daños morales causados. El 13 de noviembre de 2014, la demanda fue declarada inadmisibile por una decisión en formación de juez único, en aplicación de los artículos 34 y 35 del Convenio.

Observaciones de las partes:

En sus observaciones de 26 de diciembre de 2017, el Estado parte sostuvo ante el Comité que los autores solicitaban en su queja como medida de reparación que " XXXXXXXX [pudiera] estudiar un módulo de Formación Profesional Básica adaptado de Auxiliar Administrativo y que a la finalización del mismo [pudiera] certificar- titular los estudios realizados". Al respecto, el Estado parte adjunta un informe de la Dirección Territorial de León por el que se acredita que XXXXXXXX ha resultado admitido en el curso escolar 2017/2018 en 1º de Formación Profesional Básica de Servicios Administrativos en el Centro Privado Concertado XXXXXXXX Los padres del menor adujeron el 1 de febrero de 2018 que dicho centro es un "centro específico fundamentalmente" para personas con Síndrome de Down. No se trata de un centro de educación ordinario y por tanto no se puede afirmar que el derecho a una educación inclusiva de XXXXXXXX se haya cumplido.

El estado presentó observaciones complementarias el 30 de mayo de 2018 en las que indica que tanto el módulo que cursa XXXXXXXX como el centro que lo imparte integran el sistema educativo ordinario del Estado parte, conforme a la Orden EDU/465/2017 de 13 de junio de 2017.

II.- Llegados a este punto, hemos de subrayar que la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de León de 20 de julio de 2012, confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de marzo de 2013 (acontecimiento 612 21 2-2 del expediente), examina de forma detenida y pormenorizada los hechos reflejados en los informes aportados en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales seguido ante el mismo, y los contrasta con el informe pericial de parte (al que aluden los demandantes en la queja ante el Comité), así como con las entrevistas realizadas, para llegar a la conclusión de que la solución educativa que se dio a XXXXXXXX era la más adecuada, examinados los informes psicopedagógicos (dos de 17 de diciembre de 2010 y otro de 21 de marzo de 2011), emitidos tras la observación del menor en su entorno, y tras una reunión de la Directora Provincial de Educación, tres inspectores provinciales de educación y los padres del menor. También se examinó y contrastó el dictamen pericial de parte (Informe de Don Miguel Ángel González Castañón) y la declaración testifical de la trabajadora social XXXXXXXX (del Equipo de Orientación Psicopedagógica León 1) que había emitido un informe el 13 de diciembre de 2010, en el que destaca la trabajadora que su intervención fue puntual y que carecía de competencia para determinar el tipo de centro que precisaba XXXXXXXX.

La sentencia niega que se haya producido una vulneración de derechos fundamentales, ya en el derecho a la educación del menor en condiciones de igualdad, ya en su integridad y dignidad personal, y tras un examen detenido de las actuaciones pone de manifiesto que se desplegaron a lo largo del proceso educativo del menor XXXXXXXX los medios y ayudas necesarios para la correcta escolarización e integración del niño, hasta que se constató que los resultados no eran los esperados para lograr su desarrollo personal y educativo; razón por la que, en interés del menor y de sus específicas circunstancias personales, el grado de discapacidad del 71% reconocido en el 2011, la necesidad de apoyo prolongado y constante, la constatación de la conveniencia de desplegar mecanismos de modificación de la conducta y autocontrol, y en fin atendidas las demás circunstancias

examinadas, se hizo precisa la escolarización en centro de educación especial, pese a la "total disparidad de posiciones" (dice la sentencia) entre la Administración y los padres del menor.

La sentencia pronunciada en la instancia examinó de forma muy detallada la problemática planteada, concluyendo, sin lugar a dudas, que no se había producido una lesión del derecho a la igualdad y en el derecho a la educación del menor. En el pormenorizado estudio que se realiza, se desprende (al igual que en la sentencia de apelación), que considera los principios esenciales en orden a lograr una educación en condiciones de igualdad que atienda a la diversidad, proporcionando y promoviendo los medios que permitan los ajustes necesarios siempre que sea posible, en el marco del sistema educativo general, y que la excepción es la educación especial; pautas que coinciden con la interpretación que en materia de educación e inclusión viene sosteniendo el Tribunal Supremo (así, Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 1976/2017 de 14 diciembre 2017, Rec. 2965/2016 o la de Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 9 mayo 2011, Rec. 603/2010).

La primera de las sentencias citadas establece:

- 1º *Se parte de que el derecho de los padres a determinar el tipo de educación para sus hijos y de elección de centro docente no comprende un derecho a escolarizar a su hijo en un centro ordinario en lugar de hacerlo en un centro de educación especial.*

- 2º *La sentencia de esta Sala admite que no cabe hablar de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales salvo previsión al efecto del legislador y que las limitaciones presupuestarias justifican que no pueda acogerse a un niño en un determinado centro escolar.*

- 4º *De la normativa antes citada se deduce un doble mandato dirigido a la Administración: primero, de puesta de medios (personal cualificado, instalaciones de inclusión adecuadas y una programación que acredite qué necesidades educativas específicas precisan esos alumnos) y, segundo, la carga de explicar por qué los apoyos que requiere un alumno no pueden ser prestados con medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.*

- 5º *Para que la decisión de escolarizar en un centro de educación especial sea conforme a la Constitución, los informes en los que se apoye la administración educativa deben justificar ese trato diferenciado atendiendo a las peculiaridades de cada caso, deben razonar por qué supone una carga desproporcionada para la administración la escolarización en un centro ordinario con los apoyos precisos; en definitiva: por qué se opta por lo excepcional - escolarización en centros de educación especial - frente a lo ordinario.*

- *De lo expuesto cabe deducir, por tanto, un mandato constitucional y legal dirigido a los poderes públicos para la consecución de un doble objetivo: uno de política social - la inclusión social de personas con disfunción o trastorno de conducta - y otro de integración en el sistema educativo. Tal mandato propio de los principios de la política social (artículo 53.3 en relación con el artículo 49, ambos de la Constitución) en el aspecto educativo percute en el ejercicio de un derecho fundamental: el acceso a la educación con condiciones de igualdad. Ese doble mandato de inclusión y la efectividad de ese derecho exige de las administraciones una concreta puesta de medios que procure esa integración en el sistema educativo ordinario con las debidas adaptaciones en función de las necesidades del interesado y sólo cabe acudir al régimen de centros de educación especial si se justifica que, agotados los esfuerzos para esa integración, lo procedente es esa opción que en esas condiciones sí justificaría un trato distinto.*

Las sentencias indicadas hicieron aplicación de estos principios, examinaron la situación personal de XXXXXXXX, las necesidades detectadas, los medios y variadas asistencia puestos a disposición de la educación del menor en el centro de educación ordinario en el que recibía escolarización (véase FD 5ª de la sentencia pronunciada en la instancia y FD 5ª de la de apelación), así como la problemática suscitada a la luz de

las particularidades que presentaba XXXXXXXX (conducta descontrolada, falta de autonomía suficiente, inestabilidad emocional, dificultades de relación con el grupo, brotes psicóticos, necesidad de modificación de conducta (folio 59, acontecimiento 612_21_2-2-); necesidad de control permanente por un adulto (folio 61 del mismo acontecimiento), ayuda intensiva y extensiva). En definitiva, se concluyó que la escolarización en un centro ordinario no era posible, desde la perspectiva del bienestar y mejor desarrollo del menor, y así se justificaba en los diferentes informes que evacuaron los técnicos de la Administración educativa.

Estas decisiones agotaron las vías ordinarias de recursos, tras lo que se intentaron los recursos de amparo constitucional y el recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Estamos en presencia de resoluciones judiciales firmes que han decidido de manera definitiva acerca de la vulneración de derechos fundamentales, que nuevamente se traen a colación, bajo el amparo del Dictamen del Comité.

III.- Este valora los hechos denunciados por los recurrentes de manera opuesta a la establecida en la sentencia firme con autoridad de cosa juzgada, y toma en consideración las pruebas que los propios Tribunales españoles desecharon, de acuerdo con lo que hemos expuesto muy resumidamente. El Dictamen del Comité se centra en las pruebas testificales (informe de la trabajadora social de 13 de diciembre de 2010 XXXXXXXX y testimonios de referencia de dos madres) y el dictamen pericial psicológico de XXXXXXXX de 28 de julio de 2011 aportado por los padres del menor, para rebatir los dictámenes de la Administración educativa. Estas pruebas fueron consideradas y examinadas por los Tribunales españoles para concluir que no merecían la fuerza probatoria para desvirtuar otros elementos de juicio que apuntaban en sentido contrario (véase en este sentido, la amplia fundamentación de la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de León FD 4, y la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León).

Frente a la eficacia que despliega la cosa juzgada (artículo 222 LEC), el Dictamen del Comité no tiene otro efecto que el de una consideración y recomendación en el marco del Tratado y de las funciones del Comité. Pero carece de eficacia para dejar sin efecto las determinaciones de las sentencias firmes que decidieron el recurso en los términos indicados.

Y lo mismo cabe decir de las recomendaciones que incitan a explorar hechos que se dicen no investigados, porque la Fiscalía recibió sendas denuncias de los demandantes con el fin de que investigara y se pronunciara sobre determinados malos tratos inferidos a XXXXXXXX en el colegio. Pero la Fiscalía no encontró motivos para que esa investigación culminara en reproches penales formalizados como tales (en la misma línea que indica la sentencia de instancia - folio 63-). Los documentos que obran en el expediente, de los que se hace eco el Dictamen del Comité, así lo corroboran (Decreto de investigación 99/2011 de la Fiscalía - folio 75 y 76-).

En conclusión, las violaciones de derechos fundamentales que se denuncian, con fundamento en el tan citado Dictamen, fueron examinadas y desestimadas por las instancias competentes con carácter firme y, por lo tanto, no cabe la estimación del recurso con base en el Dictamen. Tal y como hemos razonado el Dictamen, de acuerdo con las determinaciones del Tratado que crea el Comité y las funciones que se le atribuyen, carece de eficacia para anular y dejar sin efecto el fallo de la sentencia que desestimó el recurso para la protección de derechos fundamentales - cuya protección se pretende de nuevo- o las investigaciones de la Fiscalía.

Por último, se ha de apuntar que pese a que el demandante refiere la existencia de un supuesto en el que el Tribunal Supremo se apartó de la Doctrina consolidada accediendo a la reclamación, se trata de un solo caso, que por tanto no integra el concepto de "jurisprudencia" del artículo 1.6 del CC, que se identifica con la Doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar la Ley la costumbre y los principios generales del derecho, y "*tal concepto no se construye con una sola sentencia*" (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo

Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 1976/2017 de 14 diciembre 2017, Rec. 2965/2016). Y de otro lado, la sentencia que cita el demandante (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 1263/2018 de 17 julio 2018, Rec. 1002/2017) no establece un automatismo, sino que mantiene que *" es posible admitir en este caso que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración (...) como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso(...)".*

En este caso no se advierte que las actuaciones de la Administración educativa produjeran lesión de derechos ni el funcionamiento anormal que denuncia el demandante, anudado precisamente a esa lesión de derechos fundamentales y derivados de la Convención de las personas con discapacidad.

Finalmente, la sentencia que se invoca de la sección 5ª de esta Sala, tampoco cabe entenderla en los términos que postula el demandante, porque lo que allí se acordó es reparar la lesión de no haber proporcionado asistencia médica a la reclamante en el momento de la detención como era preceptivo (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 27 abril 2022, Rec. 2/2021), supuesto diferente del enjuiciado, en el que la estimación de la demanda, tal y como fue planteada, comportaría la revisión de resoluciones judiciales firmes por medio de un Dictamen que no tiene alcance para ello. La demanda debe ser desestimada.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.-

I.- La sentencia del Tribunal Supremo 597/2023 de 29 noviembre de 2023, Rec. 85/2023, ordena a la Sala dictar nueva sentencia. Las cuestiones de interés casacional planteadas eran las siguientes:

1. Cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, emitidos en los términos y por el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención — ratificado por España—, cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nuestras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención.

2. Si esa reparación y el cumplimiento de las prescripciones del Dictamen supone revisar resoluciones judiciales firmes, al fundamentarse la reclamación de responsabilidad patrimonial en un presupuesto diferente.

3. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los artículos 10.2, 14, 15, 23, 24 y 27 de la Constitución; la Convención sobre los Derechos 'de las Personas con Discapacidad (Nueva York 13 de diciembre de 2006) y doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo; los artículos 28 a 31 de la ley 25/2014, de 27 de noviembre sobre la aplicación y la observancia de los tratados internacionales; y los artículos 32 a,34 de la ley 40/2015 y 292 a 296 LOPJ sobre la responsabilidad patrimonial de la administración, sin perjuicio de que la sentencia pueda

extenderse a otras cuestiones y norma jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

II.- Concluye la sentencia que “1º) Que la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un dictamen del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad por vulneración: de derechos fundamentales reconocidos en La Convención por parte del Estado español, impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes. 2º) Que, no obstante esa afirmación, dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe, directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, 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, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros cauces en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse” y que *“al negar todo efecto al dictamen la sentencia recurrida infringe el ordenamiento jurídico y nuestra jurisprudencia”*.

En segundo lugar, hace un examen del problema que adicionalmente era objeto de interés casacional: *“La segunda de las cuestiones de interés casacional debe ser resuelta en sentido negativo, es decir, afirmando que no se pretende vulnerar el principio de cosa juzgada ni revisar resoluciones judiciales firmes en los supuestos en que se formule reclamación por responsabilidad patrimonial con apoyo en las conclusiones y obligaciones que al Estado español impone el dictamen del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad.*

La reclamación de responsabilidad está basada en la vulneración de derechos fundamentales de los reclamantes (hoy recurrentes) por un cúmulo de actuaciones que giran en torno a la escolarización de un menor discapacitado en un centro de educación especial, a los malos tratos al menor discapacitado antes de ello, y a la actuación penal iniciada contra los padres por no llevar a cabo esa escolarización al considerar más beneficiosa una educación inclusiva en centro ordinario con las medidas de apoyo necesarias.

Las decisiones judiciales sobre la no vulneración de derechos fundamentales por la decisión de escolarización en centro especial que fue adoptada no son objeto de revisión con la reclamación de responsabilidad patrimonial, ni podrían serlo por esta vía procedimental y procesal iniciada por los padres, pues existe para ello un cauce específico en nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de revisión, y es patente que no estamos en ese supuesto.

Ahora bien, ello no impide que las actuaciones administrativas previas a esa decisión judicial puedan integrar un trato improcedente al menor discapacitado, como ya puso de relieve la propia Sala de Valladolid cuando dejó constancia de que pudo haber un funcionamiento anormal representado o caracterizado por la existencia de un "clima de tensión en el centro educativo, donde, según quedó acreditado, se cometieron actos de maltrato físico y psíquico contra el menor discapacitado, y envuelto en él, el menor desarrolló una involución educativa y conductual ciertamente seria, momento en que la administración educativa detectó que el menor presentaba un retraso considerable en su desarrollo educativo y cognoscitivo, junto con unos problemas conductuales de especial relevancia, incluyendo brotes psicóticos con actuaciones disruptivas, adoptando en ese momento la decisión de excluirle de la educación inclusiva que siguió adecuadamente durante años, con la necesaria adopción de medidas de apoyo para llevar a cabo los ajustes razonables precisos". Ahora bien, la Sala negó que la decisión de asignarle una educación en centro especial, en esa situación tan caracterizada, vulnerase sus derechos fundamentales. En definitiva, lo que la Sala de Valladolid vino a reconocer es que era la única solución posible para afrontar la situación generada al menor.

Estos hechos, ciertamente, fueron analizados por la Sala territorial, pero no con el alcance excluirlos en la valoración de un posible funcionamiento anormal.

Y si eso cabe afirmarlo de la decisión de escolarización y de las actuaciones anteriores que la determinaron, más aún será posible respecto de hechos posteriores en el tiempo, como son los que determinaron la actuación de la Fiscalía Provincial de León y el proceso penal seguido contra los padres del menor por abandono de familia y del que finalmente fueron absueltos, que nunca fueron analizados en las sentencias dictadas por los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ese conjunto de hechos son los valorados por la decisión el Comité y, por tanto, la lesión de los derechos fundamentales que aprecia su dictamen no se basa únicamente en valoraciones sobre la sentencia o resoluciones judiciales, como dice la de instancia, sino en la constatación de que el Estado Español, en las actuaciones producidas con respecto al menor discapacitado, no dio la respuesta adecuada ni adoptó las medidas eficaces por parte de los órganos que conocieron todas las reclamaciones de los recurrentes. Es decir, se enmarca todo en el incumplimiento de la obligación general de adoptar todas las medidas eficaces para hacer efectivos los derechos que impone el artículo 4 de la CDPD, como ponen de manifiesto las partes recurrentes.

En definitiva, no es posible afirmar la existencia de cosa juzgada pues, conforme al artículo 222 de la LEC, tendría que existir una identidad plena del objeto y pretensiones con respecto

al proceso en el que recayó la sentencia firme. En este caso, por lo dicho, no hay tal identidad ya que el objeto es por completo diferente y las pretensiones también.

La conclusión de lo actuado se recoge en el fundamento de derecho noveno, en el que se dice: *“La consecuencia de todo lo expuesto y la aplicación de la doctrina fijada determinan la necesaria estimación del recurso de casación y la revocación de la sentencia de instancia.*

Por ello, en aplicación del artículo 93.1 de la LJCA, esta Sala debería entrar en el análisis de las cuestiones suscitadas en el recurso contencioso-administrativo, pero la inexistencia de valoración sobre los demás presupuestos necesarios para la apreciación de una responsabilidad por funcionamiento anormal de la administración de justicia obliga a la devolución de los autos a la Sala de instancia para que dicte sentencia de fondo”.

PRONUNCIAMIENTO DE NUEVA SENTENCIA, QUE VALORE SI CONCURREN ELEMENTOS PARA GENERAR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL

I.- De acuerdo con la sentencia indicada, es preciso valorar todos y cada uno de los elementos necesarios para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia (artículo 292 LOPJ), en cuyo marco se promovió la reclamación inicial a través del Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona.

II.- Hemos de considerar que, de acuerdo con lo que declara con carácter general la Jurisprudencia (sentencias de 11 de julio de 2016, recurso de casación 1111/2014, con cita de las de 23 de mayo de 2014, recurso de casación 5998/2011 y de 19 de febrero de 2016, recurso de casación 4056/2015), los presupuestos que han de concurrir para la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, son los siguientes: a) *La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.* b) *Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.* c) *Ausencia de fuerza mayor.* d) *Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta”.*

III.- En torno al examen de la concurrencia de estos presupuestos, se ha pronunciado recientemente la Sentencia de 13 de junio de 2023 (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 786/2023 de 13 junio 2023, Rec. 5269/2022), destacando que la presencia de un Dictamen del Comité de la ONU en el que se declara que existe una vulneración de derechos no constituye por sí mismo un título de

imputación suficiente y automático para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, aun cuando ese Dictamen puede ser un indicador que posibilite abrir la vía de la responsabilidad patrimonial en caso de lesión de los derechos contemplados en el Pacto; En tal caso, las recomendaciones plasmadas en el Dictamen deben considerarse junto al resto del material de prueba, en orden a fijar si concurren los presupuestos legales que conforman la responsabilidad patrimonial.

Así, señala que *“El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene ninguna cláusula, ni previsión específica, que establezca ese efecto ejecutorio de las resoluciones de los Comités. Tampoco en nuestro ordenamiento jurídico interno se ha establecido un cauce concreto y específico que permita a los jueces y tribunales revisar autos y sentencias penales firmes como consecuencia de la decisión o dictamen de un Comité”*. Recuerda la Jurisprudencia de la Sala, a tenor de la que el Pacto *“no diseña un órgano jurisdiccional, con facultades de carácter jurisdiccional, es decir, para determinar el derecho de forma definitiva en caso de conflicto e imponerse frente a todos. Ni tampoco le atribuye al mismo el monopolio para la interpretación y aplicación de sus normas”*. Destaca el valor jurídico de los referidos dictámenes y decisiones del Comité, razonando que *“no es vinculante a los efectos que ahora examinamos, no sujetan a una obligación, y no tienen fuerza ejecutiva, lo que no significa que no produzcan ninguna consecuencia jurídica. Así es, estas decisiones deben ser tenidas en cuenta como indicadores relevantes sobre la observancia de los derechos previstos en el Pacto, que mediante las medidas que proponen eviten o limiten las lesiones de tales derechos y contribuyan a su mejor protección”*. Más allá del carácter de norma jurídica que tiene el Pacto (artículo 96.1 CE) – sobre lo que no hay discusión- *“ello no significa que un acto derivado dictado en su aplicación, como la decisión del Comité, deba tener una fuerza idéntica, que no reconoce ni regula el propio Tratado”*.

Y recuerda la Doctrina de la Sala, en la que se pone de relieve el valor y alcance de los referidos dictámenes de acuerdo con los Tratados: *“Ni que decir tiene, por otro lado, que las normas sobre los derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución reconoce han de interpretarse, ex artículo 10.2 de la CE, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo que desde luego no puede traducirse en que las decisiones del Comité puedan convertirse, por vía jurisprudencial, en un título de imputación que determine, sin más, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, como medio de ejecución de las decisiones o dictámenes del Comité”*.

Dicho de otro modo, ante la inexistencia de una previsión normativa sobre la vía específica que debe seguirse para el cumplimiento y ejecución de tales decisiones del CAT, no puede entenderse, a tenor de nuestra jurisprudencia, que deban canalizarse, con carácter general,

a través del cauce de la responsabilidad patrimonial en sus diversas versiones, otorgando a la decisión del CAT, cuando aprecia una infracción del derecho invocado, el carácter de título bastante y autónomo para haber lugar a la responsabilidad patrimonial.

En todo caso, aunque las citadas decisiones y dictámenes no tengan ese carácter vinculante, ni fuerza ejecutoria, con carácter automático, porque ni en el tratado ni en nuestro ordenamiento jurídico interno hay ninguna norma que establezca la obligatoriedad y ejecutoriedad de las decisiones o dictámenes de estos Comités, ello no supone, como ya adelantamos, que los mismos carezcan de cualquier efecto, pues contienen recomendaciones que deben ser atendidas y establecen medidas que resultan de utilidad y provecho. También sirven de indicación para avalar, siempre junto a las demás circunstancias del caso, la determinación de la lesión de un derecho fundamental que puede haber causado un daño imputable a la Administración. Como sucedió en la sentencia de 17 de julio de 2018, en los términos que seguidamente veremos”.

En esta línea, refiere que es necesario apreciar en el caso si se dan los requisitos de la responsabilidad patrimonial, poniendo especial énfasis en el hecho de que el daño ha de estar acreditado, e imputarse causalmente a la Administración: “Recordemos que estos son los contornos, constitucional y legalmente establecidos para que haya lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, que fue el cauce elegido por la aquí recurrida, y a ellos, por tanto, hay que atenerse. Sin que podamos retorcer sus contornos ni expandir su ámbito porque medie una decisión del Comité contra la Tortura que aprecia la vulneración de derecho fundamental.

El instituto de la responsabilidad patrimonial tiene una finalidad netamente resarcitoria, que pretende compensar por el daño ocasionado por la actuación de la Administración, cuando, como es natural, se evidencie la certeza de que ha sido producido por un acto u omisión decisiva que produce un resultado dañoso. Pero lo que no puede pretenderse, ni siquiera en este tipo procedimientos de responsabilidad patrimonial entablados tras una decisión del Comité contra la Tortura, es que el instituto de la responsabilidad patrimonial pierda esa naturaleza resarcitoria constitucionalmente establecida, para transmutarse, desdibujando su naturaleza y finalidad, en una suerte de sistema general de ejecución automática de las decisiones del CAT.

Lo que no significa que, aunque tales decisiones no tengan el carácter vinculante en el sentido de su obligatoriedad y ejecutoriedad directa, que no establecen las normas internacionales ni nuestro ordenamiento jurídico interno, no puedan producir efectos en los términos que señalamos en fundamentos anteriores. Pero si se decide acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial, en la misma han de examinarse, en todo caso, si concurren o no

los requisitos a cuyo concurso se anuda su procedencia, en los términos que nuestra jurisprudencia viene interpretando”.

IV.- Por lo tanto, se ha de verificar, en función de las circunstancias acreditadas en el concreto supuesto planteado, si ha existido un daño (vulneración de derechos fundamentales), que ese daño resulte causalmente imputable al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (ex artículo 292 LOPJ), y que el interesado no tenga el deber de soportar esa lesión antijurídica, que aparece identificada en su esfera jurídica concreta.

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia el deber de indemnizar no surge como consecuencia de cualquier funcionamiento normal o anormal de la Administración como ocurre con carácter general en el ámbito de la Administración Pública (ex artículo 106 CE); De acuerdo con el diseño configurado desde la norma fundamental la responsabilidad patrimonial deriva del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (artículo 121 CE), y comprende tanto el funcionamiento anormal propiamente dicho, como el caso del error judicial (artículo 292 y ss LOPJ).

En el caso que es objeto de examen el daño se circunscribe a la situación generada desde el centro escolar en el que estaba matriculado el menor XXXXXXXX (4º y 5º de Educación Primaria). Según el relato de los padres del menor la escolarización en el centro elegido, de educación ordinaria e inclusiva, provocó una situación de abandono, de violencia en distintas formas, dañando al menor en su bienestar y en su derecho a la educación en términos de igualdad de derechos. Hechos que, afirman, resultan acreditados a tenor del contenido del Dictamen del Comité de derechos humanos de la ONU para las personas con discapacidad.

En la sentencia precedente de 17 de noviembre de 2022 (sentencia casada) se dijo que la lesión de derechos fundamentales que invocaban los demandantes ante el Comité y ante el Ministerio de Justicia, con fundamento en el dictamen de dicho Comité, había sido examinada por los Tribunales españoles, que concluyeron que no había tal lesión de derechos, y que incluso se promovió recurso ante el Tribunal Constitucional y otro ante el Tribunal de Derechos Humanos, que no llegaron a admitir los sucesivos recursos planteados, toda vez que no se apreciaba fundamento de una lesión de derechos, en los términos que denunciaban los recurrentes que habían visto desestimadas sus pretensiones (declaración de vulneración del derecho a la educación, a la igualdad, a no padecer tratos inhumanos y degradantes etc).

De igual modo, se hizo referencia a las dos denuncias promovidas ante la Fiscalía para investigar hechos discriminatorios en el proceso de escolarización de XXXXXXXX; investigaciones que concluyeron con resultado denegatorio, archivándose ambas denuncias.

Tras este camino de denuncias, demandas para la protección de los derechos fundamentales y recursos desestimados, los demandantes acudieron al Comité de derechos para las personas con discapacidad, que emitió el dictamen que hemos reseñado apreciando lesión de los derechos reconocidos en el Pacto.

V.- Las declaraciones de ese dictamen no han considerado las declaraciones de hechos, y la vaporación de las pruebas que realizaron los Tribunales competentes en España, y tal y como se dijo en la sentencia de noviembre de 2022, no solo no consideraron los hechos y las pruebas reflejadas en las sentencias firmes, sino que contrariamente a lo allí declarado tomaron en cuenta testimonios que habían sido contradichos por el conjunto de las pruebas que examinó el Tribunal de primera instancia y el del apelación.

Este hecho ofrece especial relevancia, porque ante resoluciones firmes que no pueden ser objeto de revisión (a salvo el recurso extraordinario de revisión en los supuestos tasados que procede), una instancia no jurisdiccional como el Comité, o cualquier instancia jurisdiccional, debe partir de la realidad que constata aquella sentencia firme, por la propia fuerza de la cosa juzgada, y porque en todo caso la sentencia pronunciada por los Tribunales españoles es el punto de partida, al ser prejudicial respecto de los hechos que se llevan al Comité.

Hay una vinculación positiva respecto de la realidad jurídica sobre la que recae la resolución (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 1455/2022 de 10 noviembre 2022, Rec. 4003/2020; o Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 218/2019 de 21 febrero 2019, Rec. 3780/2017), puesto que los hechos son los mismos.

Estos hechos fueron juzgados en España, se agotaron los recursos ordinarios, y a continuación se instaron un recurso de amparo constitucional y otro recurso ante el Tribunal de Derechos Humanos, con resultado negativo.

Quiere ello decir, que había una verdad formal declarada en sentencia firme, de acuerdo con la que, a lo largo del proceso de escolarización de XXXXXXXX (y pese a los esfuerzos desplegados desde la Administración educativa para poder integrar, incluir o realizar los ajustes precisos en el itinerario educativo de XXXXXXXX), no hubo lesión de derechos fundamentales a la educación, en condiciones de igualdad, ni en la integridad moral de XXXXXXXX. Existe un examen detallado del caso del pequeño XXXXXXXX, de sus particulares circunstancias, de los esfuerzos promovidos por sus padres para integrarle en una escuela de inclusión y diversidad, en el que se concluye – tras un exhaustivo estudio de las pruebas- que no hubo una lesión de derechos fundamentales. Es decir, el daño que es el

presupuesto de la demanda, y de la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si se prefiere la lesión antijurídica, en modo alguno tuvo lugar, y así se desprende de las sentencias.

En estas se dice con claridad que no hubo infracción del derecho fundamental a la igualdad y a la educación (artículo 14 y 27 CE) o del artículo 10.1 CE, que se desplegaron todo tipo de medios enderezados a integrar y lograr el bienestar de XXXXXXXX en el marco educativo (Apoyo de Ayudante Técnico Educativo, Técnico especialista en audición y lenguaje, o Especialista en Pedagogía Terapéutica); tampoco aprecia una desprotección o abandono, sino que destaca haberse procurado las medidas y ajustes precisos para atender las necesidades específicas de XXXXXXXX (folio 65, Expte 3. 2-Otros-612_21_2-2.pdf), que se describen minuciosamente en el FD 4º de la sentencia de instancia (Juzgado de lo contencioso-administrativo nº1 de León), en el que se hace una valoración crítica de las pruebas (informes periciales y de parte, testifical de la trabajadora social en la que ella misma concluye que no estaba capacitada para determinar el tipo de colegio que precisaba XXXXXXXX) subrayando que existió audiencia de los padres y una reunión con los padres del menor (además de las reuniones correspondientes de la Directora Provincial de Educación ,tres Inspectores y los padres del menor (folio 57 y 73, Expte 3. 2-Otros-612_21_2-2.pdf).

Se dice expresamente en la sentencia de apelación de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid (folio 71, Expte 3. 2-Otros-612_21_2-2.pdf) que *“no se comparten los argumentos de la parte recurrente concretados en una discriminación de su hijo perpetrada por personal del centro, que ha desembocado en su regresión”*. Del mismo modo se pone de relieve que los padres de XXXXXXXX sostenían que cualquier escolarización de un menor aquejado de una discapacidad, como XXXXXXXX, en un centro de educación especial comportaba una discriminación y afectación a su integridad moral, cosa que descarta la sentencia; así mismo se mencionan los desencuentros y clima de tensión generado en el Colegio, la falta de objetividad de la ex trabajadora y cuidadora de XXXXXXXX, en razón de su animadversión hacia algunos docentes y la dirección (con coetánea afinidad hacia XXXXXXXX); Se indica a su vez, que en el marco de este clima (que no era el más idóneo para XXXXXXXX), la actitud del Colegio “no fue la exigible” y pudo haber incluso un funcionamiento anormal, pero tal era el clima. Incluso se relata que quien más testificó a su favor (sic) “el menor le propinó una patada involuntaria, que le causó la pérdida de tres dientes”.

Considera indefendible la sentencia pronunciada en apelación, las argumentaciones que pretende hacer valer la actora sobre la base de un informe pericial, en el que se sostiene que XXXXXXXX tiene una discapacidad leve, cuando el grado de discapacidad reconocido por la

Administración a XXXXXXXXX es del 71%, y que se basa en “el particular enfoque” del perito de lo que debe ser una educación inclusiva (folio 74 Expte 3. 2-Otros-612_21_2-2.pdf).

Un examen de conjunto, y sin despreciar el hecho del clima de tensión generado con ocasión de la escolarización de XXXXXXXXX, dados los desencuentros entre padres y dirección del colegio, lo cierto es que no se puede sacar de contexto las expresiones que sugieren un funcionamiento anormal como hipótesis, a efectos puramente dialecticos, porque lo cierto es que el objeto del procedimiento de protección de derechos fundamentales, no detectó tal vulneración, ni en el plano del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación, ni en el derecho a la educación (artículos 14 y 27 CE), ni en el terreno de las disposiciones del artículo 10.2 CE.

Las sentencias recaídas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales no aprecian tal daño. El examen de las pruebas de informes, la pericial de parte y las testificales, tras un estudio prolongado y crítico, en el que se pondera la credibilidad de unas y otras pruebas y se define la objetividad que merecen, tanto el Juzgado de lo contencioso-administrativo como la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede Valladolid) determinaron que no se había producido ninguna lesión de derechos que hubiera que restablecer (fin del procedimiento indicado conforme a los artículos 114.2 y 121.2 LJCA).

VI.- El daño que invocan los recurrentes viene definido por una vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la educación y a la integridad moral; derechos que se afirman infringidos por parte del Comité para los derechos de las personas con discapacidad.

Sin embargo, hemos visto, a tenor del estudio de las actuaciones, que tal lesión no tuvo lugar según las sentencias firmes puesto que los derechos fundamentales del menor quedaron incólumes, y todas las actuaciones desarrolladas fueron encaminadas a su mejor desarrollo en atención a sus circunstancias personales. Estas requerían, según detallan las sentencias, una educación específica dotada con medios ad hoc, y además actuaciones dirigidas a la modificación de conducta; que al parecer ya se habían detectado y aplicado en 2006, en fechas anteriores a los desencuentros que se iniciaron en los cursos de 4º y 5º de Educación Primaria.

La Sala estima, a la luz de tales pruebas, que no solo no hay una lesión de derechos fundamentales imputable a la Administración de Justicia, sino que además tampoco se detecta un funcionamiento anormal que haya determinado causalmente un daño, con entidad para fundamentar una demanda de responsabilidad del artículo 292 LOPJ.

Tal y como se ha razonado, no se aprecia la lesión de derechos de las persona en los términos de los artículos 14, 27 y 10.2 CE, ni que la Administración de Justicia fuera la causante de tales daños debido a un funcionamiento anormal del servicio público.

No podemos olvidar que la Administración responsable de la prestación del servicio era la Administración educativa autonómica, en virtud del Decreto autonómico 17/2005 de 10 de febrero, dictado al amparo del artículo 35 de la LO 4/1085 de 25 de febrero del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Castilla y León, que otorga competencia de la Comunidad Autónoma para el desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión. Por lo tanto, ninguna actuación puede achacarse al Ministerio de Justicia, que carecía de competencia en el ámbito educativo.

Y ni siquiera hay atisbo de funcionamiento anormal, sino de posiciones encontradas entre las partes concernidas, que no lograron consensuar una posición común ante la complejidad de los requerimientos demandados por el niño para un desarrollo armónico y adecuado a sus circunstancias.

VII.- El Comité no ha considerado el contenido de las sentencias firmes, ni las pruebas tal y como fueron valoradas por los Tribunales españoles, de acuerdo con las competencias que les corresponden para definir los hechos y el derecho que resulta aplicable como poder del estado (artículo 117 CE). Por ello, no cabe pretender que ese dictamen sirva como título de ejecución o imputación automática; o que tenga la virtualidad de dejar sin efecto las determinaciones de los Tribunales españoles cuando han conocido de unos mismos hechos, y han negado la lesión de derechos fundamentales. Admitir lo contrario, es decir, que, pese a lo declarado por los Tribunales en España, el Comité de la ONU para los derechos de las personas con discapacidad puede decidir restablecer uno o más derechos que ya fueron examinados, comporta dotar al Comité de una competencia jurisdiccional de la que carece. Y a la vez se pone en cuestión la competencia y extensión de nuestra jurisdicción, cuando las recomendaciones del Comité en modo alguno aparecen configuradas con ese fin (tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2023 al resolver el recurso de casación 5269/2022, casando la sentencia de instancia de esta Sala, que citaba en su demanda el recurrente).

VIII.- En lo referente a las investigaciones de la Fiscalía y la incoación de un procedimiento penal frente a los padres del menor, por no consentir el plan educativo pautado desde la Administración autonómica, se ha de poner de relieve que la apertura o no de un procedimiento penal, se enmarca dentro de las previsiones que contempla el artículo 293 LOPJ. Dispone esta norma que:

“1. La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de éste se aplicarán las reglas siguientes:

a) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse.

b) La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si éste se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. (...)

2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse”.

El planteamiento de la actora no corresponde con un supuesto de funcionamiento anormal, entendido como el actuar de un conjunto orgánico que da apoyo a la actividad jurisdiccional, sino a un supuesto de error judicial. Implica un examen sobre la legalidad o acierto de resoluciones dictadas en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, que llevaron a la apertura de un procedimiento penal a instancia de la Fiscalía, por lo que debía haberse instado la indemnización por el cauce del error judicial; pero no se han seguido las prescripciones establecidas a este respecto en el artículo 293 de la LOPJ.

La vía utilizada por el recurrente para exigir una indemnización de daños no es la adecuada, ya que si lo que cuestiona es la apertura de un procedimiento penal o las decisiones que se adoptaron en él, el acierto o no de esas decisiones se inscribe en un determinado procedimiento jurisdiccional, por lo que debió hacer uso de la vía del artículo 293 de la LOPJ. No existe, en suma, un supuesto de funcionamiento de la Administración de Justicia.

La naturaleza de la reclamación, con independencia de la denominación que reciba, no podría prosperar en ningún caso, ya que con carácter previo hubiera sido preciso obtener una declaración de reconocimiento del error que se encuentra en la base de la reclamación, articulando una demanda de error ante el Tribunal Supremo, en el plazo de tres meses, tras lo cual, en caso de estimación de la pretensión, el interesado ha de dirigir nueva reclamación contra el Ministerio de Justicia en el plazo de un año. No se ha seguido este procedimiento previo, que ha de observar un plazo preclusivo, y por lo tanto, la reclamación por este concepto estaba llamada al fracaso.

IX.- A tenor de lo expuesto, la demanda de responsabilidad patrimonial debe desestimarse, y consecuentemente las costas se han de imponer a la demandante, cuyas pretensiones son íntegramente desestimadas (artículo 139.1 LJCA).

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo tramitado con arreglo al Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales con el número 2/2022 seguido a instancia de XXXXXXXX y XXXXXXXX contra la desestimación presunta de la reclamación de 1 de diciembre de 2021, por ser conforme a derecho.

Las costas se imponen a la parte demandante.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que la misma no es firme y que frente a ella cabe recurso de **casación** que habrá de interponerse ante esta Sala, previa consignación del preceptivo **depósito** para recurrir, en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de aquélla, mediante escrito en el que deberá la concurrencia de los requisitos legales establecidos en el artículo 89.2 de la LJCA.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

