

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. El interés superior del niño como epicentro de su tramitación

The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure. The best interests of the child as the epicenter of its processing

Por Isaac Ravetllat Ballesté*

Fecha de recepción: 26/07/2019

Fecha de aceptación: 06/09/2019

Resumen: Cumplidos cinco años desde la entrada en vigor del Tercer Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones, este mecanismo se enfrenta a diversos desafíos, del éxito con que se resuelvan dependerá su futura eficacia y consolidación.

En el presente artículo se procede al análisis pormenorizado de cuáles con las principales características que identifican al Tercer protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Palabras clave: Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño; Interés superior del niño.

* Profesor Asociado Profesor Asociado de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Subdirector del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad de Talca. Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA). Vocal del Observatorio de Infancia del Gobierno de la Generalitat de Cataluña. Correo electrónico: iravetllat@utalca.cl

Abstract: Five years after the entry into force of the Third Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child, on a communications procedure, this mechanism faces several challenges, the success with which they are resolved will depend on their future effectiveness and consolidation.

In this article we proceed to a detailed analysis of which of them with the main characteristics that identify the Third Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child, on a communications procedure.

Keywords: Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child; Best interests of the child.

Sumario: I. Introducción: 1. Procedimiento de comunicaciones individuales. II. Comunicaciones entre Estados. III. Investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas. IV. A modo de conclusión. Bibliografía.

I. Introducción

El 14 de abril de 2014, tres meses después del depósito en poder del Secretario General de las Naciones Unidas del décimo instrumento de manifestación de voluntad requerido¹ - umbral mínimo que se logró con la ratificación de Costa Rica -, entró en vigor de forma general el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Adoptado por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011 - Resolución 66/138 -, este Protocolo instaura un procedimiento de comunicaciones individuales en virtud del cual "personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño y/o en sus Protocolos Facultativos sustantivos²", puedan instar al Comité de los Derechos del

¹ Según el artículo 19 (1), el protocolo debe entrar en vigor tres meses después de la fecha en que se deposite el décimo instrumento de ratificación o de adhesión. Tal circunstancia acaeció con el depósito de la ratificación de Costa Rica.

² Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y Protocolo Facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados, adoptados por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000 (A/RES/54/263).

Niño para que se pronuncie acerca de tal controversia. Asimismo, también se prevé la posibilidad de que el requerimiento sea presentado por otro Estado – comunicaciones interestatales -, o incluso que el procedimiento se inicie de oficio, a instancias del propio Comité, si llegan a su conocimiento evidencias fehacientes de violaciones graves o sistemáticas de los derechos de la niñez.

Efectivamente, junto con las denominadas comunicaciones individuales, el tercer Protocolo facultativo también desarrolla el íter procedimental que debe proseguirse para el caso de las comunicaciones interestatales, si bien las hace depender de una cláusula de inclusión - *opting* o *contracting in*³; así como, un procedimiento de investigación de oficio para supuestos de violaciones graves o sistemáticas⁴, subordinado, en este caso, a una cláusula de exclusión - *opting* o *contracting out* -.

La entrada en vigor de este Protocolo Facultativo de 2011 constituye, en definitiva, a constituir un verdadero hito en la historia del sistema universal de protección de los derechos humanos, pues, a partir de ese preciso instante, todos los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas dotados de órganos propios de supervisión, sin excepción alguna, cuentan ya con un mecanismo directo de denuncia de vulneraciones de su articulado. En palabras de Cardona Llorens (2012, p.65) con este Protocolo Facultativo “los niños dejan de ser mini-personas con mini-derechos, para ser definitivamente personas con derechos plenos que pueden hacer valer no sólo en el ámbito interno sino también en el internacional”. Por su parte, de acuerdo con

³ El Protocolo - artículo 12.1 - permite, asimismo, a los Estados partes formular tal declaración de voluntad respecto de todos o sólo algunos de los instrumentos bajo supervisión del Comité de los Derechos del Niño: la Convención y los dos Protocolos facultativos sustantivos del año 2000.

⁴ El Comité de los Derechos del Niño hubiera preferido utilizar la expresión “violaciones graves o repetidas” en lugar de referirse a “violaciones graves o sistemáticas”. El órgano ginebrino encuentra que el adjetivo “sistemáticas” es demasiado restrictivo, ya que del mismo se desprende que el Estado ejerce una política deliberada de violación de los derechos del niño. Además, defendieron la necesidad de añadir en el Protocolo facultativo una disposición en la que se indicara que corresponde al Comité la competencia de elaborar unas normas que contengan los criterios con los que definir qué se consideran “violaciones” o “repetidas”. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, A/HRC/WG.7/2/3, de 13 de octubre de 2010, Observaciones del Comité de los Derechos del Niño sobre la propuesta de Proyecto de Protocolo facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones, párr. 21.

Carmona Luque (2011, p.43) la doctrina-jurisprudencia derivada de este mecanismo especializado debe contribuir significativamente a la interpretación de la Convención, así como beneficiar a los mecanismos y órganos nacionales, regionales e internacionales.

Otro elemento digno de ser tomado en consideración, radica en la circunstancia de que a pesar de que este tipo de instrumentos fueron inicialmente concebidos en las Naciones Unidas pensando única y exclusivamente en los derechos civiles y políticos - derechos de primera generación -, hoy en día tal afirmación debe ser puesta en entredicho, al extenderse sus competencias a los derechos económicos, sociales y culturales - derechos de segunda generación-Muestra de ello es la aprobación y entrada en vigor tanto del Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como del mentado tercer Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵. El primero, por su evidente adscripción a esta tipología de derechos, y el segundo, por partir de un enfoque omnicomprensivo que considera que todos y cada uno de los derechos humanos contenidos en el articulado de la Convención de 1989 son indivisibles e interdependientes entre sí.

No obstante lo apuntado *ut supra*, un dato preocupante, y que debiera llevarnos a la reflexión, hace alusión al reducido número de ratificaciones que ha obtenido este tercer Protocolo facultativo, sólo 42, frente a las 168 del Protocolo facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados y las 175 del relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Es más, de esos 42 Estados únicamente trece han reconocido de manera expresa la competencia del Comité de los Derechos del Niño para entender de las comunicaciones entre

⁵ Para Riquelme Cortado (2014, p. 12) un elemento a resaltar de la entrada en vigor de este Protocolo facultativo del año 2011, radica en el hecho de que, al igual que ocurriera con la entrada en vigor del Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 10 de diciembre de 2008, el procedimiento se extiende por vez primera a los derechos económicos, sociales y culturales, tradicionalmente considerados de segunda generación por imponer no obligaciones de resultado como las derivadas de los derechos civiles y políticos, sino meras obligaciones de comportamiento progresivo supeditadas a la disponibilidad de recursos y a la política económica y social estatal. En un sentido similar se pronuncia Saura Estapá (2013), De Beco (2013, p.368).

Estados - artículo 12 ⁻⁶. Sin lugar a dudas, estas cifras denotan el escaso interés que ha suscitado entre los Estados, al menos por el momento, la posibilidad de dotar al órgano de supervisión de la Convención sobre los Derechos del Niño de atribuciones de carácter cuasi-jurisdiccional⁷.

En el presente artículo se procede al análisis pormenorizado de cuáles con las principales características que identifican al Tercer protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones. En primer término, se refiere a al iter procedimental que deben seguir las llamadas comunicaciones individuales: quién ostentan legitimación activa para su presentación; cuáles son las causales de inadmisibilidad previstas en el propio Protocolo facultativo; y, en qué se concreta el resultado final de este procedimiento cuasi-jurisdiccional, son solo alguno de los interrogantes a los que se trata de dar debida respuesta. Acto seguido, se hace mención al mecanismo de reclamación interestatal previsto por el Protocolo facultativo - 2011 -. En particular se indaga en los motivos que provocan que este recurso no sea particularmente atractivo para los Estados, lo que se traduce en una infrautilización del mismo. Por último, se relata la manera cómo el Comité de los Derechos del Niño puede actuar de oficio en caso de violaciones graves o sistemáticas contra los derechos de la niñez generados por actos u omisiones de un Estado parte.

1. Procedimiento de comunicaciones individuales

1.1. Legitimación activa

Toda persona o grupo de personas sujetas a la jurisdicción de un Estado parte que afirmen ser víctimas de una vulneración por el mismo de una o varias

⁶ A saber: Albania, Bélgica. Chile, República Checa, Finlandia, Alemania, Italia, Liechtenstein, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia y Suiza.

⁷ Siguiendo esta misma lógica, Smith (2010, p.229) se hace eco de la histórica poca utilización de este tipo de mecanismos cuasi-jurisdiccionales en el seno de las Naciones Unidas. Una pequeña luz de esperanza se atisba en el horizonte al comprobar que durante los últimos años ha habido una tendencia al alza con respecto al número de comunicaciones presentadas ante el Comité de los Derechos del Niño. Para ser más exactos, de las 32 comunicaciones que han sido aceptadas a trámite desde el mes de abril de 2014, 27 lo fueron durante el año 2017, lo cual denota un ligero cambio de tendencia.

disposiciones de la Convención y/o de sus Protocolos facultativos sustantivos ostentan legitimación activa para presentar comunicaciones individuales ante el Comité de los Derechos del Niño. Siempre, por supuesto, que se reúnan los requisitos de admisibilidad recogidos en el artículo 7 del propio Protocolo.

Lo anterior se entiende sin exclusión alguna por razones de edad, no tan solo porqué en todo momento tanto el Protocolo - artículo 5 - como su Reglamento de aplicación - artículos 12 y 13 - utilicen la noción "persona"⁸, sino también por la circunstancia de que la mentada legitimación se reconoce con independencia de que el Estado parte contra el que se dirige la comunicación reconozca o no su capacidad jurídica - artículo 13.1 del Reglamento de aplicación -⁹. Es decir, a pesar de que en la normativa doméstica del Estado demandado no se reconozca a las personas menores de edad la autonomía suficiente como para presentar por sí requerimientos ante instancias resolutorias de conflictos, el Comité atendiendo a la edad y estado de madurez del sujeto - principio de la autonomía progresiva - puede hacer caso omiso de tales limitaciones. En caso contrario, podría darse la paradoja de que otros mecanismos cuasi-jurisdiccionales creados en el seno de otros Tratados internacionales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos fueran más accesibles a las demandas de las personas menores de edad que el propio Comité de los Derechos del Niño¹⁰.

⁸ Durante el segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo abierto encargado de elaborar un borrador de Protocolo facultativo, se consideró que el derecho a presentar una comunicación debía adjudicarse a "personas o grupos de personas", por ser éste un concepto más amplio que el de "niños o grupos de niños". ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), A/HRC/17/36, de 25 de mayo de 2011, Informe del Grupo de Trabajo abierto encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones, párr. 38.

⁹ Entendemos que por capacidad jurídica de una persona el artículo 13 del Reglamento se está refiriendo a la posibilidad de que un sujeto pueda obligarse por sí mismo, y sin el ministerio o la autorización de otro. En otras palabras, lo que en algunos ordenamientos jurídicos se conoce como capacidad de ejercicio, o capacidad de obrar, o incluso capacidad de hecho.

¹⁰ El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido legitimación activa a las personas menores de edad en aquellos casos en que existe un conflicto de intereses entre el niño o la niña y su representante legal. En este sentido, el caso *A v. United Kingdom*, de 23 de septiembre de 1998.

Asimismo, también pueden presentar comunicaciones los representantes legales u otras personas que actúen en nombre de la presunta o presuntas víctimas con su consentimiento expreso. En este sentido, corresponde al Comité, siempre que existan dudas fundadas, la responsabilidad de indagar sobre si ese consentimiento se ha obtenido o no mediante presiones o incitaciones indebidas y si redundan, efectivamente, en el interés superior del niño/a.

Cabe, además, presentar comunicaciones en nombre de la presunta o presuntas víctimas sin contar con tal consentimiento expreso, siempre que el autor o los autores¹¹ de la comunicación puedan justificar sus actos y el Comité considere que la comunicación responde al interés superior del niño/a. En estos casos, cuando ello sea posible, la presunta o presuntas víctimas en cuyo nombre se actúa deben ser informadas, al igual que debe tomarse en consideración su opinión, en consonancia con su edad y estado de madurez.

De conformidad con este último punto, denotar que el Protocolo dota de cobertura a la posibilidad, ciertamente habitual en la práctica, de que grupos de niños, niñas y adolescentes en situación de particular vulnerabilidad sean asesorados y representados por entidades de la sociedad civil - ONGs-. Ante tal circunstancia, el Comité de los Derechos del Niño debe admitir este tipo de comunicaciones siempre y cuando se desprenda que son presentadas en nombre del o los afectados¹². Por el contrario, no deben prosperar los escritos de queja interpuestos por entidades privadas sin ánimo de lucro que aleguen, sin más, tener un “interés suficiente” en una cuestión,

¹¹ De acuerdo con el artículo 12 del Reglamento se entiende por autor o autores de una comunicación individual a “la persona o las personas que presentan la comunicación individual, sean o no la presunta o las presuntas víctimas”.

¹² Buena muestra de ello serían las comunicaciones presentadas contra el Estado español por el trato irrogado al colectivo de adolescentes migrantes en situación irregular y sin referentes familiares a los que, según las comunicaciones presentadas, se les deniega de forma sistemática su derecho migratorio. Ver en este sentido las Comunicaciones núm. 39/2017, de 12 de junio de 2018 - CRC/C/78/D/39/2017 -; núm. 18/2017, de 8 de marzo de 2018 - CRC/C/77/D/18/2017; núm. 9/2017, de 20 de junio de 2017 - CRC/C/75/D/9/2017 -; núm. 8/2016, de 11 de julio de 2018 - CRC/C/78/D/8/2016 -; y núm. 1/2014, de 8 de julio de 2015 - CRC/C/69/D/1/2014 -.

ya que con ello se corre el riesgo de llegar a admitir denuncias meramente especulativas (De Beco, 2013, p.375).

En suma, si se interviene defendiendo los intereses de un grupo de personas - menores de edad -, se requiere que éstas estén directa y personalmente afectadas por la supuesta vulneración de la Convención y/o Protocolos facultativos sustantivos, cerrándose así la puerta a una suerte de *actio popularis*¹³ contra la legislación de los Estados partes¹⁴. En otras palabras, quedan fuera del Protocolo las *comunicaciones colectivas*, es decir, la posibilidad de que el Comité reciba y examine comunicaciones provenientes de instituciones nacionales de derechos humanos o de organizaciones no

¹³ Hasta el caso *Nicholas Toonen v. Australia*, Comunicación núm. 488/1992, de 4 de abril de 1994 - CRC/C/50/D/488/1992 -, el Comité de Derechos Humanos, órgano colegiado de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mantenía un claro criterio: para ser considerada como víctima, la persona demandante debía estar personalmente afectada por la acción u omisión del Estado parte. Sin embargo, a partir del mentado supuesto de hecho esta línea jurisprudencial ha mutado en cierta medida. Así, *Nicholas Toonen*, activista por la promoción de los derechos de los ciudadanos homosexuales en Tasmania, afirmó ser víctima de violaciones por parte del Estado Australiano de diversos preceptos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2, 17 y 26). Esta vulneración era producto de dos disposiciones del Código Penal de Tasmania que consideraban delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres. El Comité de Derechos Humanos al examinar la admisibilidad de la comunicación, con respecto a la cuestión de si el autor podía ser considerado víctima en el sentido del artículo 1 del Protocolo facultativo, observó que las disposiciones impugnadas por el autor no habían sido aplicadas por las autoridades judiciales de Tasmania desde hacía varios años. No obstante, consideró que el autor había hecho esfuerzos razonables por demostrar que la amenaza de aplicación y los efectos generalizados del mantenimiento de esas disposiciones sobre las prácticas administrativas y la opinión pública le habían afectado y continuaban afectándole personalmente. Por consiguiente, el Comité concluyó que el autor podía ser considerado como víctima y que sus denuncias eran admisibles *ratio temporis*. Un resumen de esta evolución la encontramos detallada en ZAYAS (DE), Alfred (2009): "Petitions before the United Nations Treaty Bodies: focus on the Human Rights Committee's Optional protocol", en ALFREDSSON, Gudmundur y GRIMHEDEN, Jonas (eds.): *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller*. Leiden, Martinus Nijhoff, pp. 46-47.

¹⁴ El Comité de los Derechos del Niño, instituciones nacionales de derechos humanos, ONG(s) y el Unicef se mostraron favorables a la inclusión de un procedimiento de *comunicaciones colectivas* en el Protocolo facultativo, pues estimaron que colmaba una laguna de los mecanismos de protección. En especial con los niños y niñas que pertenecen a grupos vulnerables, como los internados en instituciones, los que son víctimas de la prostitución, o los sometidos a prácticas tradicionales. Incluso se barajó la posibilidad de admitirlas a través de una cláusula *opting* o *contracting in*. Es decir, autorizando que cada Estado parte pudiera declarar al momento de firmar o ratificar el Protocolo o de adherirse a él, si reconocía la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones colectivas. A pesar de ello, no lograron su cometido. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, A/HRC/WG.7/2/3, de 13 de octubre de 2010, Observaciones del Comité de los Derechos del Niño sobre la propuesta de Proyecto de Protocolo facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones, párr. 13-15.

gubernamentales – tanto nacionales como internacionales – que denuncien violaciones recurrentes de los derechos que asistan a un grupo de presuntas víctimas en el que no todas pueden ser debidamente identificadas¹⁵.

1.2. Requisitos de admisibilidad

Los requisitos de admisibilidad son los enumerados en el artículo 7 del Protocolo Facultativo, que si bien lleva por rúbrica “admisibilidad”, en realidad lista las causales que deben llevar al Comité de los Derechos del Niño a declarar inadmisibles una comunicación. En otras palabras, del mentado precepto extraemos, a *sensu contrario*, los requisitos formales que debe reunir toda comunicación para que sea aceptada por el órgano ginebrino. Analicemos pues cuáles son estos elementos.

1.2.1. Requisitos de forma

En primer lugar, es necesario que la comunicación no sea anónima y que se presente por escrito¹⁶. En este sentido, en el formulario deben precisarse con claridad:

¹⁵Sí se admite, en cambio, esta posibilidad tanto en la Carta Africana sobre Derechos y el Bienestar del Niño de 1990, como en el Protocolo adicional de la Carta Social Europea de 1995. En este sentido, Bekker (2013) y Belorgey (2011).

¹⁶ Originariamente, junto a la exigencia de que la comunicación fuera por escrito, se preveía que ello era sin perjuicio de que el Comité de los Derechos del Niño pudiera admitir evidencias no escritas en apoyo de las alegaciones contenidas en las comunicaciones. Esta última mención fue eliminada del redactado final del Protocolo facultativo – artículo 7.b) -, a pesar de existir un aparente consenso al respecto. Sin ir más lejos, el Protocolo facultativo a la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad no contiene esta exigencia (adaptando, de este modo, el procedimiento de comunicaciones a la posibilidad real de que personas en situación de discapacidad, incluida la discapacidad intelectual, puedan tener acceso al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad). Precisamente por ello, el artículo 16.3, apartado f) del Reglamento de aplicación admite la posibilidad de que junto con la comunicación presentada por escrito se “proporcione material no escrito” a fin de complementarla. La exclusión de esta mención del redactado del Protocolo facultativo provocó las quejas de los representantes de las ONGs, más partidarios de incluir tal previsión en el texto del Protocolo y no en sus reglas de procedimiento. En este sentido, Erdem Türkelli, Vandenhole, y Vandembogaerde, (2013, p. 39). También en esta misma línea se ha pronunciado reiteradamente el propio COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009): *Observación General N°. 12. El derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009* - Documento CRC/C/CG/12 -, párr. 21, al apuntar que “la plena aplicación del artículo 12 CDN exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura”. Así como en su posterior COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2016): *Observación General N°. 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, de 6 de diciembre de 2016* - Documento CRC/C/CG/20 -, párr. 23, que estipular que “es necesario introducir

nombre completo de la persona, nacionalidad y fecha de nacimiento, así como un domicilio a efectos de correspondencia con el Comité. Además, para el caso de que la comunicación se presente en nombre de otra persona o un grupo de ellas – tal y como autoriza el artículo 5.1 del Protocolo y 13.2 del Reglamento de aplicación – deberán también identificarse – como no podría ser de otra forma – los datos personales del o los representados. Para este último caso, hay que adjuntar al formulario la autorización expresa del poderdante, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento, siempre que ello obedezca, por supuesto, al interés superior del niño/a o grupo de niños/as presuntamente víctimas de vulneraciones (De Beco, 2013, p.375).

De acuerdo con la práctica del Comité, es relevante destacar la importancia de tomar en consideración si la persona que presenta la comunicación es mayor o menor de edad. Para el primero de los casos, el escrito que contiene la queja debe ser inmediatamente reenviado por el Secretario General – Unidad de solicitudes – al Grupo de Trabajo encargado de entender de esa comunicación. Ello incluso si *prima facie* pareciera que dicha petición es fundadamente inadmisibile. Asimismo, la Unidad de solicitudes debe acusar recibo de la comunicación empleando un lenguaje amigable, con la mayor celeridad posible y siempre dentro de las dos semanas siguientes a la fecha de su recepción. Para el segundo de los supuestos, en cambio, cuando la comunicación es presentada por un adulto – incluido cuando actúan en representación de un niño, niña o adolescente –, la petición debe ser examinada y validada por la Unidad de solicitudes, que podría llegar a rechazarla si la considera claramente infundada.

Finalmente, apuntar que la identidad de toda persona o grupo de personas afectadas por cualquier medida emprendida en virtud del Protocolo no será revelada públicamente sin su consentimiento expreso. Además, todas las fases del procedimiento se desarrollan bajo una estricta confidencialidad. Sólo se hace público

mecanismos de denuncia y reparación seguros y accesibles con competencias para examinar las denuncias formuladas por los adolescentes”.

un resumen del procedimiento y del dictamen en los informes periódicos del Comité de los Derechos del Niño a la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este punto, no deben confundirse las nociones de anonimato y confidencialidad. Así, la transmisión de la comunicación del Comité de los Derechos del Niño al Estado parte demandado debe ser confidencial, es decir, no pública, lo que no significa anónima, pues tal circunstancia iría en detrimento de las facultades del Estado de examinar o de ofrecer una reparación adecuada.

1.2.2. No constituir un abuso del derecho o ser incompatible con las disposiciones de la Convención y/o de sus Protocolos facultativos

La primera de las causales contenida en el artículo 7 punto c) del Protocolo facultativo, al hacer mención como motivo de inadmisibilidad a que la comunicación “no constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones”, entendemos que, en realidad, trata de evitar la tentación de contemplar al Comité de los Derechos del Niño como un órgano de apelación ante una decisión doméstica que no satisfaga las pretensiones del denunciante. Sin embargo, no es tarea del Comité ginebrino reevaluar los hechos que motivaron la demanda en el orden interno, ni reinterpretar el Derecho nacional del Estado denunciado. Este mecanismo cuasi jurisdiccional no se erige en una cuarta instancia, sino que, por el contrario, debe limitarse a analizar la adecuación del comportamiento estatal a las obligaciones asumidas conforme a la Convención y los Protocolos facultativos del año 2000.

Asimismo, el inciso segundo de esta causal de inadmisibilidad, al aludir a la “incompatibilidad de la comunicación con las disposiciones de la Convención y/o de sus Protocolos facultativos”, ha sido utilizado por el Comité para dejar fuera de su conocimiento aquellos supuestos de hecho en que la presunta víctima no acredita ser menor de edad¹⁷, o cuando la posible vulneración de los preceptos contenidos en la

¹⁷ Esto sucede en el caso Y.M. c. España, de 31 de mayo de 2018, Comunicación n°. 8/2017 - CRC/C/78/D/8/2016 -. En este supuesto, la Policía Nacional española interceptó una patera en la que viajaba el autor de la comunicación, de nacionalidad argelina, cuando pretendía acceder de forma irregular a territorio español. En el momento de su detención, éste, que se encontraba indocumentado,

Convención afecta a una persona adulta y no a un sujeto que no haya alcanzado todavía los dieciocho años de edad¹⁸.

1.2.3. Existencia de otro procedimiento de investigación o solución internacional

El Comité de los Derechos del Niño tampoco admitirá aquellas comunicaciones sobre un asunto que ya esté siendo o haya sido examinado “según otro procedimiento de investigación o solución internacional de naturaleza equivalente”¹⁹. Se trata de la consagración convencional del principio *non bis in idem*. Este requisito supone que las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado que ha aceptado varios procedimientos de comunicaciones – mecanismos cuasi jurisdiccionales – y que, además, reconoce competencias a instancias jurisdiccionales supranacionales – como podrían ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos – deberán decantarse por una de esas hipotéticas vías.

manifestó ser menor de edad. No obstante, tras practicársele pruebas médicas – óseas – para comprobar tal afirmación, se consideró por parte de las autoridades españolas que la persona era de dieciocho años. Frente a la queja individual presentada ante el Comité de los Derechos del Niño, éste considera, sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo, que existe un documento oficial expedido por el Consulado de Argelia en Barcelona – lugar dónde había sido trasladado el autor – en que se constata que el mismo era mayor de edad. Y con base en tal evidencia declara inadmisibles la comunicación por ser “incompatible con las disposiciones de la Convención”.

¹⁸ Tal afirmación la extraemos del caso A.A.A. c. España, de 30 de septiembre de 2016, Comunicación n.º. 2/2015 – CRC/C/73/D/2/2015 -. La autora es tía paterna de una niña de 3 años de edad y mantiene un notorio enfrentamiento con su hermano, padre de la niña, y con la esposa de este. Ello, junto a unos supuestos problemas familiares de herencia, propiciaron que el matrimonio perdiera todo contacto con la familia paterna, incluida la autora, y que impidiera todo contacto de sus miembros con la pequeña. Pues bien, A.A.A., mayor de edad, tras agotar todos los recursos internos solicitando un régimen de visitas entre ella y su sobrina, presenta una comunicación ante el Comité de los Derechos del Niño, en nombre propio y en el de su sobrina, alegando la vulneración de diversos preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ante tal tesitura, el órgano ginebrino, y en lo que ahora nos compete, considera que sostener, como lo había hecho la autora, una posible vulneración de sus derechos, como adulta, contenidos en la Convención, se torna como “incompatible con las disposiciones del mentado tratado internacional”, pues éste protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y no así los derechos de los adultos. Y precisamente esta argumentación es una de las causas que llevan al Comité a declarar como inadmisibles la queja.

¹⁹ Por ejemplo, si el caso ya hubiera sido presentado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos o ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Cada una de esas posibles alternativas tiene sus ventajas e inconvenientes, por lo que resulta imprescindible analizar con la debida cautela los pros y contras que ofrecen cada una de ellas. Por ejemplo, deben tomarse en consideración, entre otros, los siguientes factores: posibilidad de actuar a partir de denuncias individuales; coste económico aparejado - algunos procedimientos requieren de la intervención de un abogado/a y otros, como la comunicación ante el Comité de los Derechos del Niño, no -; posibilidad de obtener una reparación a través del mecanismo utilizado; fuerza vinculante para el Estado de la resolución o decisión adoptada; y plazos de presentación - en el caso del Comité se limita al año siguiente del agotamiento de los recursos internos -.

1.2.4. Agotamiento de todos los recursos internos disponibles

Antes de presentar una comunicación ante el Comité de los Derechos del Niño reportando una supuesta vulneración de los principios o derechos dimanantes de la Convención o sus Protocolos Facultativos, se exige, como regla general, el agotamiento de todos los recursos internos disponibles, salvo que éstos se hayan prolongado injustificadamente o no sea probable que con ellos mejore la situación de la persona o grupos de personas víctimas de la vulneración.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos - órgano colegiado de supervisión del PIDCP - ha precisado que el requisito del agotamiento de los recursos internos abarca solamente los recursos efectivos y disponibles, en una interpretación que parece haberse hecho extensiva al resto de los Comités²⁰. Ahora bien, la mera existencia de un fallo anterior en sentido negativo, aun cuando sea sobre cuestiones similares a las del caso de autos, no exime al peticionario de intentar valerse del recurso interno previsto, ni tampoco las meras dudas acerca de la eficacia de esos recursos o la convicción de que valerse de ellos podría hacerle incurrir en gastos. Asimismo, son

²⁰ En este sentido se pronuncia el Caso William Torres Ramírez c. Uruguay, Comunicación núm. 4/1977, de 26 de enero de 1978, - en que indicó que el Estado debía probar "que existían posibilidades razonables de que tales recursos fueran efectivos".

inadmisibles las comunicaciones en las que el no agotamiento de los recursos internos se ha debido al vencimiento de los plazos para recurrir por inacción o negligencia imputable única y exclusivamente al actor, y no al Estado parte (Ochoa Ruiz, 2004).

1.2.5. Ser manifiestamente infundada o no estar suficientemente fundamentada

La comunicación debe contener unos mínimos visos de razonabilidad para que prosiga su tramitación, en caso contrario el Comité la declarará inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 7 apartado f) del Protocolo facultativo. Esto es precisamente lo que acaeció en el caso A.A.A. c. España, de 30 de septiembre de 2016, en que el Comité de los Derechos del Niño consideró que la autora de la queja, que reclamaba el derecho a relacionarse con su sobrina de tres años, no acreditó suficientemente que las autoridades judiciales españolas al ponderar el interés superior de la niña habían vulnerado el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹. Lo mismo ocurrió en el caso Z.Y. y J.Y. c. Dinamarca, de 31 de mayo de 2018, al entender el Comité de los Derechos del Niño que los autores – padres de un niño afgano contra los que pesaba una orden de expulsión del territorio danés – no demostraron que existiera un riesgo personal de que se produjera una violación grave de los derechos del pequeño tras su regreso al Afganistán²². Por último, hacer referencia al caso J.A.B.S. c. Costa Rica, de 17 de enero de 2017, donde el Comité determinó que la queja era infundada

²¹ Comunicación n.º. 2/2015 – CRC/C/73/D/2/2015 -. El Comité entiende que “como regla general, es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales examinar los hechos y las pruebas, salvo que dicho examen sea claramente arbitrario o equivalga a una denegación de justicia. El Comité observa que las sentencias de primera instancia, apelación y casación se basaron en el interés superior de la niña para desestimar la demanda de la autora, interés debidamente justificado en el potencial efecto perjudicial que podría suponer para la niña iniciar una relación con una pariente desconocida que mantenía un alto nivel de conflictividad con sus padres. En ausencia de información adicional que permita justificar en qué medida se habría lesionado el principio del interés superior de la niña al desestimar la demanda de la autora, el Comité considera que esta queja no ha sido suficientemente fundamentada y la declara inadmisibles”.

²² Los autores de esta Comunicación n.º. 7/2016 – CRC/C/78/D/7/2016 – alegaron que si su hijo entraba en territorio afgano corría el riesgo de ser asesinado, al ser considerado un hijo ilegítimo nacido fuera del matrimonio – aunque sus padres sí estaban casados, dicho enlace se celebró sin el consentimiento de la familia de la madre – y, además, de confesión cristiana y no haber sido circuncidado.

por no quedar debidamente constatada la presunta vulneración del artículo 7 de la Convención – derecho a la identidad -, al no lograr el autor inscribir a sus hijos mellizos – nacidos en California vía fertilización in vitro con un óvulo de una donante y semen propio – en el Registro civil costarricense con dos apellidos: el primero del autor y el segundo de la donante de óvulo. Por el contrario, las autoridades registrales, amparándose en la legislación nacional, los inscribió con los dos apellidos paternos²³.

1.2.6. Competencia *ratione temporis*

Conforme a este requisito de admisibilidad, los hechos denunciados deben haber ocurrido con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo facultativo para el Estado acusado, o que, habiendo comenzado antes, continúen o sus efectos se prolonguen tras dicho momento temporal. El Protocolo facultativo exige, además, que la comunicación se presente dentro de un año desde el agotamiento de los recursos internos del presunto Estado infractor, excepto si se dan circunstancias excepcionales debidamente acreditadas²⁴.

El Comité de los Derechos del Niño ya ha tenido la oportunidad de referirse a esta causa de inadmisibilidad contenida en el artículo 7 g) del Protocolo en un par de ocasiones. Concretamente, en el caso S.C.S. c. Francia, de 25 de enero de 2018²⁵ y en el caso A.H.A. c. España, de 4 de junio de 2015²⁶. En el primero de los asuntos, una madre, de nacionalidad rumana y etnia romaní, presenta comunicación en nombre de sus dos hijos, y de su nieto, por su expulsión el 16 de abril de 2015 del campamento en que vivían en Champs-sur-Marne – Francia -. Tras el análisis de admisibilidad, el órgano

²³ Comunicación n.º. 5/2016 – CRC/C/74/D/5/2016 -.

²⁴ ONG(s), instituciones nacionales de derechos humanos, así como los miembros del Comité de los Derechos del Niño, no consideraron apropiado aplicar tales plazos por ser ello “contrario al deseo expresado de que el procedimiento de comunicaciones fuera adaptado a los niños y fácilmente accesible para ellos”. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), A/HRC/17/36, de 25 de mayo de 2011, Informe del Grupo de Trabajo abierto encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones, párr. 55. De esa misma opinión son Langford y Clark (2011)

²⁵ Comunicación n.º. 10/2017, de 25 de enero de 2018 – CRC/C/77/D/10/2017 -.

²⁶ Comunicación n.º. 1/2014, de 4 de junio de 2015 – CRC/C/69/D/1/2014 -.

ginebrino opta por no pronunciarse sobre el fondo del asunto por falta de competencia *ratione temporis*, pues el Protocolo facultativo entró en vigor en Francia el 7 de abril de 2016. En el segundo de los supuestos, un ciudadano de Ghana alega la arbitrariedad de las autoridades españolas al serle denegada su condición como persona menor de edad e ignorarse la fecha de nacimiento que figuraba en su pasaporte, a pesar de que en ningún momento se impugnó su validez. El Comité tomando nota de la reclamación formulada por el autor y comprobando que todas las actuaciones de las autoridades españolas, tanto administrativas como judiciales, tuvieron lugar antes del 14 de abril de 2014, fecha de entrada en vigor en España del Protocolo facultativo, se inhabilita para examinar el fondo de la cuestión.

1.2.7. Competencia *ratione materiae*

La comunicación ha de referirse necesariamente a derechos y obligaciones contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y/o sus Protocolos facultativos sustantivos. Lo que se traduce en que deben invocarse presuntas vulneraciones de preceptos contenidos en cualquiera de esos instrumentos internacionales, pero no en otros.

Así, por ejemplo, en el caso A.A.A. c. España, de 30 de septiembre de 2016, la comunicación fue rechazada, entre otros motivos, por alegarse por parte de la autora supuestas violaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que caen, en palabras del propio Comité “fuera del ámbito del presente procedimiento de comunicaciones”²⁷.

En lo tocante a las reservas, el Protocolo fía al régimen flexible de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) la prohibición de formular reservas incompatibles con su objeto y finalidad (artículo 19 apartado c)²⁸.

²⁷ Comunicación n.º. 2/2015 – CRC/C/73/D/2/2015 -.

²⁸ Para acceder a las declaraciones y reservas presentadas por los Estados https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&clang=en (Consultado, el 14 de febrero de 2019).

1.3. Examen de la cuestión en cuanto al fondo

El trato particular que dispensa el Protocolo facultativo – artículo 10.4 – a las comunicaciones en que se denuncian violaciones de derechos económicos, sociales y culturales protegidos por la Convención, limita el ámbito de examen del Comité a una prueba de razonabilidad, así como introduce la posibilidad de que los Estados parte puedan ejercer la facultad discrecional de “adoptar toda una serie de posibles medidas de política” para hacer efectivos este tipo de derechos de segunda generación²⁹.

Ahora bien, si bien es cierto que el precepto en cuestión parece responder al principio de la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, estipulado en los artículos 4 y 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no es menos cierto que una previsión del estilo de la apuntada socava, bajo nuestro punto de vista, el carácter integral que informa el texto de la Convención, y se opone, por ende, al principio de indivisibilidad e interdependencia propio de los derechos humanos³⁰.

1.4. Resultado del procedimiento de comunicaciones

El procedimiento puede concluir bien con una decisión de no admisibilidad o bien con un dictamen sobre el fondo del asunto, en que el Comité de los Derechos del Niño indica si, sobre la base de las informaciones suministradas por las partes, considera que hubo o no vulneración de la Convención sobre los Derechos del Niño o cualquiera de sus dos Protocolos facultativos sustantivos. No se prevé posibilidad alguna de recurso u oposición a tal dictamen.

²⁹ Esta disposición está claramente inspirada del artículo 8.4 del Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁰ Carmona Luque (2012, p.74) está de acuerdo con nuestra opinión quien sostiene que la Convención sobre los Derechos del Niño “reúne derechos y situaciones diversas relativas al niño cuyo análisis permite advertir la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales y la obligada atención a ambos para su efectiva satisfacción. Para un análisis pormenorizado del alcance del núcleo mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales ver Young, Katharine (2008) “The minimum core of economic, social and cultural Rights”, *Yale Journal of International Law*, N°. 33.

El dictamen emitido por el Comité de los Derechos del Niño ha de fundamentarse en los datos aportados por las partes en las declaraciones orales obtenidas durante el procedimiento, así como en la documentación procedente de los órganos de las Naciones Unidas o de cualquier otro organismo especializado que pueda ayudar a resolver la controversia.

En caso de constatarse la violación, el Comité nunca condena explícitamente al Estado. Por el contrario, la resolución se redacta en un tono sumamente cuidadoso y conciliador (el Comité *estima, considera, recomienda*); al fin y al cabo, se trata de una simple opinión o recomendación, sin carácter vinculante para las partes, y el Estado es libre de cumplir o no con la misma (Philips, 2013, p.8). En otras palabras, la finalidad del dictamen no consiste en deducir la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales, sino en animar al Estado a cumplir con sus compromisos internacionales. Para ello es fundamental que el Comité en el desempeño de esta tarea evite adoptar un planteamiento de confrontación, sino que, por el contrario, potencie el dialogo, la persuasión y la cooperación³¹.

En última instancia, la verdadera eficacia de estos dictámenes radica en la presión política y moral que pueda ejercerse sobre el Estado acusado, en lo que se conoce como la “movilización de la vergüenza”, es decir, no se trata de una sanción jurídica, sino de tipo moral o político, por lo que el procedimiento no redundará necesariamente en una mejora de la situación del o los individuos reclamantes. Además, con el objeto de ejercer una presión adicional sobre los Estados con vistas a

³¹ Uno de los primeros casos en que el Comité de los Derechos del Niño considera que un Estado parte ha vulnerado alguno de los preceptos de la Convención es el caso I.A.M. c. Dinamarca, de 28 de enero de 2018 - comunicación N°. 3/2016, CRC/C/77/D/3/2016 -. En este supuesto, y ante la orden de expulsión de una madre de nacionalidad somalí, de Puntlandia para ser más exactos, junto con su hija por parte de las autoridades danesas. Se alega por la autora que dicha expulsión significará poner en grave peligro a la niña, en especial de ser sometida a una mutilación genital femenina. Tras admitir a trámite la comunicación, por reunir todos los requisitos exigidos por el artículo 7 del Protocolo facultativo, el Comité se pronuncia sobre el fondo y considera que “el Estado parte no tuvo en cuenta el interés superior de la niña al evaluar el supuesto riesgo al que se exponía la hija de la autora de ser sometida a la mutilación genital femenina en caso de ser expulsada a Puntlandia, ni adoptó las salvaguardias debidas para garantizar el bienestar de la niña a su regreso, lo que supone una vulneración de los artículos 3 y 19 de la Convención”.

que cumplan con lo estipulado en los dictámenes, el artículo 11 del Protocolo y el artículo 28 de su Reglamento de aplicación, prevén un sistema de seguimiento, que sólo el tiempo determinará cuál es su verdadero nivel de eficacia.

En este sentido, y a la mayor brevedad, y en un plazo máximo de seis meses a partir de la transmisión del dictamen del Comité sobre una comunicación o de su decisión por la que se dé por concluido el examen de la misma a raíz de un acuerdo de solución amigable, el Estado parte presentará por escrito al Comité una respuesta en la que se incluirá información acerca de las medidas adoptadas o que se tenga previsión de adoptar a la luz del mentado dictamen o del acuerdo de solución amigable³².

Además, y con la clara intención de dar un seguimiento adecuado a las recomendaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño, las reglas de procedimiento estipulan, siguiendo el modelo iniciado ya por el Comité de Derechos Humanos, la designación de un relator o grupo de trabajo encargado de verificar las medidas adoptadas por el Estado parte³³.

II. Comunicaciones entre Estados

Este mecanismo de reclamación interestatal, que toma como modelo el sistema fijado en el artículo 32 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzosas³⁴, permite a los Estados partes en la

³² En igual medida, los artículos 11 (2) del Protocolo y 28 (4) del Reglamento de desarrollo, atribuyen al Comité de los Derechos del Niño la posibilidad de “solicitar al Estado parte que incluya información sobre las medidas adoptadas en respuesta a su dictamen, sus recomendaciones o su decisión por la que se dé por concluido el examen de la comunicación a raíz de un acuerdo de solución amigable en los informes que presente ulteriormente de conformidad con el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 12 del Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o el artículo 8 del Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados”.

³³ Por su parte, SCHMIDT (2009) nos ofrece una lectura un tanto crítica con respecto a la labor de los relatores o grupos de trabajo encargados del seguimiento de los dictámenes adoptados por los mecanismos de supervisión de derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas.

³⁴ Según LASO PÉREZ (2014 p.175) desde un punto de vista dogmático pone de relieve “la creación de una garantía colectiva en la aplicación del Tratado, a través de la cual se expresa el interés de todos los Estados en la aplicación efectiva de todas las disposiciones reconocidas en el acuerdo, reafirmando el carácter procedimental *erga omnes* de sus disposiciones”. Por su parte, OCHOA RUIZ (2004) nos

Convención sobre los Derechos del Niño presentar una queja contra otro Estado parte en la misma, si consideran que este segundo Estado no está cumpliendo con las obligaciones que le impone el Tratado internacional (artículo 12).

Efectivamente, tal y como establece la doctrina internacionalista, este mecanismo se caracteriza por estar sometido a una suerte de doble llave facultativa en tanto recae sobre los Estados partes la carga de hacer una declaración adicional a su manifestación de voluntad reconociendo la competencia del Comité para proceder a tales efectos. Sobre la dualidad del carácter facultativo del procedimiento se establece que el órgano ginebrino “no admitirá comunicaciones que se refieran a un Estado parte que no haya hecho esa declaración”, ni las “procedentes de un Estado parte que no la haya efectuado” (Riquelme Cortado, 2014, p.33).

Si bien es cierto que el Protocolo facultativo del año 2011 regula esta posibilidad, no debe obviarse la infrautilización que de esta vía se ha venido realizando a lo largo del tiempo³⁵. Ha tenido que aguardarse hasta el año 2018 para que, por vez primera en la historia, se presentaran dentro del sistema de mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, tres comunicaciones interestatales, concretamente frente al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial -.

Las principales razones que explican el por qué este mecanismo no ha sido empleado hasta una fecha tan reciente son de diversa índole. En primer lugar, obedece a motivaciones de carácter político, como el temor a que el mecanismo pueda convertirse en arma arrojadiza en manos de los Estados. En segundo término, también existen argumentaciones de carácter más bien técnico que disuaden del empleo de este mecanismo. Para empezar, en la mayoría de instrumentos de derechos humanos - no

presenta un análisis exhaustivo de la génesis de este tipo de mecanismos de reclamaciones interestatales aplicados a tratados de protección de derechos humanos.

³⁵ Entiende SSENJONJO (2010, p.83), que a pesar de que este mecanismo no sea particularmente utilizado en la práctica, su mera previsión dota a la diplomacia internacional de una herramienta muy útil.

siendo la Convención sobre los Derechos del Niño una excepción – se configura esta posibilidad como meramente facultativa – a través de cláusulas *opting* o *contracting in* –, habiendo sido en general escasamente aceptada por los Estados. Por si ello fuera poco, el mecanismo está trabado por múltiples obstáculos procesales: el principal, agotar los recursos internos del Estado presuntamente infractor antes de presentar la reclamación en el plano internacional. Por último, los resultados que se prevé que se alcancen una vez concluido el procedimiento son extremadamente débiles. De no lograrse en algún momento del procedimiento una solución amistosa entre las partes enfrentadas³⁶, el Comité de los Derechos del Niño debe limitarse a redactar un informe en el que se recoja un resumen de los hechos acaecidos y se detallen las recomendaciones dirigidas al Estado parte infractor, las cuales no son de obligado cumplimiento para los mismos. En definitiva, existe un alto riesgo de que, una vez utilizado este instrumento, se genere o acreciente una tensión entre Estados, sin que los resultados obtenidos a cambio sean tangibles en favor de los individuos.

III. Investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas

Por último, apuntar que el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño – artículo 13 – prevé la posibilidad de iniciar, de oficio, un procedimiento de investigación, si el Comité de los Derechos del Niño recibe información fidedigna que indique violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención y/o en sus Protocolos facultativos sustantivos.

El Protocolo dispone el carácter obligatorio de la investigación de no mediar una expresa declaración de exclusión (*opting out*), que los Estados partes podrán formular en el momento de firmar, ratificar o adherirse al mentado instrumento internacional.

³⁶ Este desacuerdo entre dos Estados tratará de ser resuelto utilizando los buenos oficios o las facultades de conciliación del Comité de los Derechos del Niño, teniendo siempre en cuenta que la solución a la que se llegue habrá de estar basada en el respeto del principio del interés superior del niño/a.

IV. A modo de conclusión

Cumplidos cinco años desde la entrada en vigor del Tercer Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones, este mecanismo se enfrenta a diversos desafíos, del éxito con que se resuelvan dependerá su futura eficacia y consolidación.

Así, a modo de conclusión, presentamos aquellos desafíos que entendemos deben ser abordados de manera prioritaria.

En primer término, debe promoverse el aumento de las declaraciones de aceptación por parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas. Curiosamente, entre los Estados que no han ratificado o se han adherido a este instrumento internacional se incluyen prácticamente todos aquellos en que los niveles de incumplimiento alcanzan cotas muy elevadas, lo que implica que buen número de vulneraciones sufridas por los niños, niñas y adolescentes quedan fuera del ámbito de actuación del Comité de los Derechos del Niño.

En segundo lugar, este procedimiento no es lo suficientemente conocido por parte de la ciudadanía en general y de las presuntas víctimas, reales o potenciales, en particular. No deja de ser llamativo que no se haya presentado ninguna comunicación en relación a ciertos países que han aceptado el procedimiento de comunicaciones – al menos, el individual – y que son evidentes infractores de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, tal y como atestiguan los informes periódicos examinados por el propio Comité de los Derechos del Niño. Por el contrario, las quejas se focalizan con respecto a algunos Estados, particularmente España y Bélgica, y sobre ciertas temáticas muy específicas, lo que nos lleva a pensar que estas denuncias son auspiciadas por un mismo equipo de juristas. Todo ello parece evidenciar que la posibilidad de hacer uso de este mecanismo cuasi-jurisdiccional ha sido escasamente difundida entre la población. Sumar a lo anterior, la escasa visibilidad con la que ya de por sí cuenta el Comité de los Derechos del Niño.

En tercer lugar, tratar de buscar la forma de agilizar los procedimientos. El Comité de los Derechos del Niño no funciona de manera permanente, sino que se va

reuniendo de forma discontinua, y además tiene otras funciones asignadas. Todo ello se traduce en una ralentización de las investigaciones y en la emisión de los dictámenes. Unir a lo apuntado que si el número de comunicaciones va en aumento durante los próximos años, y esa parece ser la tendencia, la capacidad de respuesta del órgano ginebrino será aún más lenta. Está por ver si el establecimiento de los grupos de trabajo y relatores sobre nuevas comunicaciones en el seno del Comité se tornará en una respuesta eficaz a la problemática descrita³⁷.

En cuarto lugar, incidir en el cumplimiento de las recomendaciones. El Comité debe mejorar su capacidad de persuasión para lograr que los Estados apliquen en todos los casos sus dictámenes. La solución prevista en el Protocolo - artículo 11 -, de solicitar una respuesta al Estado en el mismo texto del dictamen y fijar un plazo para proporcionarla, seis meses como máximo, y, en su caso, solicitar al Estado información sobre el cumplimiento del dictamen en su siguiente informe periódico, se nos antoja del todo insuficiente.

En quinto lugar, mejorar la coordinación entre los diferentes mecanismos de comunicaciones.

Por último, clarificar el valor de la jurisprudencia de las resoluciones emitidas por el Comité.

Bibliografía

- BECO (DE), Gauthier (2013) "The optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: good news?", *Human Rights Law Review*, Vol. 13, N° 2.
- BELORGEY, Jean Michel (2011) "La Charte Sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation (1961-2011), le Comité Européen des Droits Sociaux: esquisse d'un bilan", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, N°. 88..

³⁷ Estos mismos problemas ya fueron enfatizados por Smith, Lucy (2009) "Monitoring CRC", en Alfredsson, Gudmundur y Grimheden, Jonas (eds.): *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller*. Leiden: Martinus Nijhoff.

- BEKKER, Gina (2013) "The protection of asylum seekers and refugees within the African regional human rights system", *African Human Rights Law Journal*, Vol. 13, N° 1.
- CARDONA LLORENS, Jorge (2012) "La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos", *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, N° 2.
- CARLSON, Scoot y GISVOLD, Gregory (2003) *Practical guide to the International Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Transnational Publishers.
- CARMONA LUQUE, María del Rosario (2012) "Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados partes: el enfoque en derechos en las políticas de infancia en España", *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, N° 2.
- CARMONA LUQUE, María del Rosario (2011) *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Ed. Dykinson.
- ERDEM TÜRKELLI, Gamze, VANDENHOLE, Wouter y VANDENBOGAERDE, Arne (2013) "NGO impact on Law-Making: The case of a complaints Procedure under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child", *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 5, N° 1.
- LANGFORD, Malcolm y CLARK, Sevda (2011) "A complaints procedure for the Convention on the Rights of the Child: Commentary on the second draft", *Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo*.
- LANGFORD, Malcolm y CLARK, Sevda (2010): "A complaints procedure for the Convention on the Rights of the Child: Commentary on the first draft", *Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo*.
- LANGFORD, Malcolm y CLARK Sevda (2010): "The new kid on the block. A complaints procedure for the Convention on the Rights of the Child", *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 28, N°. 3-4.
- LASO PÉREZ, Javier (2014) "Instrumento de ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2.
- OCHOA RUIZ, Natalia (2004): *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Madrid: Ed. Civitas.
- PHILIPS, Charlotte (2013): "Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure", *International Association of Youth and Family Judges and Magistrates*, Enero.

- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2018): “El defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en Argentina. De dónde venimos, para saber hacia dónde vamos”, *La Ley*, N° 2000.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2017) “El defensor de los derechos de la niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 15, N° 1.
- RIQUELME CORTADO, Rosa (2014) “Entrada en vigor de los Protocolos facultativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a un procedimiento de comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 6, N° 2.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume (2013) “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, en BONET PÉREZ, Jordi y SAURA ESTAPÀ, Jaume (eds.): *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid: Marcial Pons.
- SCHMIDT, Marcus (2009): “Follow-up activities by UN Human Rights Treaty Bodies and special procedures mechanisms of the Human Rights Council. Recent developments”, en ALFREDSSON, Gudmundur y GRIMHEDEN, Jonas (eds.): *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller*. Leiden, Martinus Nijhoff.
- SMITH, Lucy (2009): “Monitoring CRC”, en ALFREDSSON, Gudmundur y GRIMHEDEN, Jonas (eds.): *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller*. Leiden, Martinus Nijhoff.
- SMITH, Rhona (2010) “The United Nations Human Rights System”, en BADERIN, Mashood y SSENJONJO, Manisuli (eds.): *International Human Rights law. Six decades after the UDHR and beyond*. Surrey, Ashgate.
- SSENJONJO, Manisuli (2010) “Economic, social and cultural rights”, en BADERIN, Mashood y SSENJONJO, Manisuli (eds.): *International Human Rights law. Six decades after the UDHR and beyond*. Surrey, Ashgate.
- YOUNG, Katharine (2008) “The minimum core of economic, social and cultural Rights”, *Yale Journal of International Law*, N°. 33, pp. 113-177.
- ZAYAS (DE), Alfred (2009) “Petitions before the United Nations Treaty Bodies: focus on the Human Rights Committee’s Optional protocol”, en ALFREDSSON, Gudmundur y GRIMHEDEN, Jonas (eds.) *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller*. Leiden, Martinus Nijhoff.

Otras fuentes

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), A/HRC/17/36, de 25 de mayo de 2011, Informe del Grupo de Trabajo abierto encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), A/HRC/WG.7/2/4, de 18 de enero de 2011, Propuesta revisada de proyecto de protocolo facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2010), A/HRC/WG.7/2/3, de 13 de octubre de 2010, Observaciones del Comité de los Derechos del Niño sobre la propuesta de Proyecto de Protocolo facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2010), A/HRC/WG.7/2/2, de 4 de octubre de 2010, Propuesta de proyecto de protocolo facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2010), A/HRC/13/43, de 21 de enero de 2010, Informe del Grupo de Trabajo abierto encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2016): *Observación General N°. 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, de 6 de diciembre de 2016* - Documento CRC/C/CG/20 -.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013): *Observación General N°. 14. El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de 29 de mayo de 2013* - Documento CRC/C/CG/14 -.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009), *Observación General N°. 12, el derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009, - CRC/C/CG/12 -.*