

solo agudiza la invisibilización de otras formas de opresión que sufren los grupos que conforman a la categoría de “mujer”. No es conveniente universalizar un punto de vista basado en las exigencias de mujeres blancas, burguesas y heterosexuales, sino que es fundamental adoptar otra visión que se asiente en una perspectiva interseccional que nos permita derrocar los diversos regímenes de poder.

En tanto a las mujeres migrantes, además de apostar por una política interseccional, es sustancial obtener datos cualitativos y cuantitativos, respecto a las diferentes formas de violencia que atraviesan cuando en ellas confluyen otras condiciones sociales que acrecientan su vulnerabilidad, pues la falta de estos contribuye a que no se adopten las medidas legislativas preventivas correspondientes.

LOS CACHORROS DEL CALIFATO Y LAS NUEVAS PRISIONES: CAMPAMENTOS DE DESPLAZADOS INTERNOS EN SIRIA

*Inmaculada Yuste Martínez**

Introducción

Tras la derrota de Dáesh en 2019, miles de mujeres y niños y niñas europeos que en su momento viajaron a Siria acompañados por sus progenitores o sus parejas (en el caso de las mujeres) quedaron y siguen estando atrapados en territorio sirio. Inmediatamente después de que la derrota a manos de las Fuerzas Democráticas Sirias (SDF, el brazo armado de la Administración Autónoma del Norte y Este de Siria) y la coalición occidental liderada por Estados Unidos tuviese lugar, estos menores fueron trasladados a campamento de desplazados internos (y cárceles en Irak) en los que todavía permanecen y de los que no pueden salir, no han sido juzgados y no hay ningún cargo en su contra que justifique dicha detención ni su permanencia en territorio sirio. Se estima que actualmente alrededor de 1.000 ciudadanos europeos siguen todavía en los campamentos de desplazados internos sirios que se encuentran actualmente en el noreste del país. Se considera, además, que

* Estudiante de último año de doctorado afiliada a la Universidad de Granada. Ha participado como experta del grupo Internacional de prevención de la radicalización en prisiones por ACAIP, el mayor sindicato penitenciario de España. También ha participado como experta en el ToT de Educación en Derechos Humanos para Profesionales Jurídicos (HELP), del Consejo de Europa. Desde 2022 ha ampliado su cuestión de investigación y centrándose en la defensa de los derechos del niño en zonas de conflicto con especial atención a los abusos perpetrados por ISIS en Siria y las obligaciones de los actores no estatales. Actualmente también forma parte del grupo de revisores de *Alternative Journal* de SAGE: <https://journals.sagepub.com/home/alt> Mail: inmayuste@ugr.es / yustemartinezinma@gmail.com

la población europea se encuentra casi exclusivamente en el campamento de desplazados de al-Hol; de ese número, más de 640 son niños y niñas. Los países europeos de origen de estos detenidos son según se ha podido comprobar: Francia, Bélgica, Países Bajos, Suecia y Reino Unido. El administrador actual de facto de los campos de desplazados, la Administración Autónoma del Norte y Este y las FDS (Fuerzas Democráticas Sirias) han instado en varias ocasiones a los gobiernos europeos a repatriar a sus nacionales, facilitando las cuestiones logísticas necesarias para ello, además de aprovechar para informar de su incapacidad para sostener la situación humanitaria de estos campos por más tiempo. La última vez que realizó este anuncio de manera pública fue en 2021¹.

Sin embargo, desde 2019, los Estados europeos han alegado diferentes razones para no repatriar a sus ciudadanos: desde imposibilidades logísticas, pasando por argumentos legales y el peligro que suponen estos niños y niñas para la seguridad nacional. Algunos estados han optado por repatriar a niños y niñas huérfanos o menores no acompañados de los que se había comprobado su nacionalidad, lo que se ha traducido en repatriaciones sin un criterio claro y *ad hoc* que está pervirtiendo el sistema de protección internacional del niño y que los ha clasificado entre aquellos que “merecen” ser repatriados y los que no. Urge, por lo tanto, que se adopte un enfoque basado en los Derechos Humanos y los Derechos del Niño que respete entre otros el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el de entrada en el país de origen².

1. Autonomous Administration of North East Syria, 18 March 2021. <https://twitter.com/RojavaIC/status/1372518844720353282>

2. DUDH, Artículos 9 y 13(2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 12(4); CEDH Protocolo No. 4, Artículo 3(2); CDN, Artículo 10(2). El artículo 9 de la DUDH incluye la prohibición del exilio; pero ni el ICCPR ni el ECHR incluyen expresamente esta prohibición “por cuanto se presume que las garantías consagradas en el derecho a la libertad de circulación, incluido el

En la práctica, el respeto y el cumplimiento de estos derechos requiere la participación positiva y voluntad de los Estados para llevar a cabo medidas efectivas que permitan la pronta repatriación y reintegración de estos niños y niñas, esto es, facilitar la realización en su caso de pruebas de ADN que determinen la maternidad y la paternidad; asegurar las medidas sanitarias así como la salud física y psíquica de estos menores; proporcionar la asistencia consular necesaria a través de la emisión de los documentos administrativos que se requieren para que puedan viajar a sus países de origen así como contactar con las autoridades administrativas sirias que controlan los campos de desplazados y ONGs activas en el terreno para llevar a cabo la repatriación de manera efectiva.

En este artículo se hace referencia principalmente a las normas internacionales y al derecho europeo de los derechos humanos, en particular la jurisprudencia de la Unión Europea Tribunal Internacional de Derechos Humanos (TEDH), y a las organizaciones humanitarias internacionales, el derecho internacional relativo a la lucha contra el terrorismo, el derecho de las relaciones diplomáticas y consulares, y el derecho de la Unión Europea.

La estructura de este artículo se compone a su vez de tres partes: la primera pretende contextualizar la situación actual en estos campos de desplazados internos sirios, localizarlos geográficamente y dar a conocer la realidad que viven diariamente los que se encuentran en ellos. La segunda pretende analizar desde el respeto a los Derechos Humanos y

derecho a regresar al propio país, hace imposible el exilio en práctica”. Véase: Sandra Krähenmann, “Las obligaciones en virtud del derecho internacional de los combatientes extranjeros Estado de Nacionalidad o Residencia Habitual, Estado de Tránsito y Estado de Destino” en *Combatientes extranjeros bajo el derecho internacional y más allá* (eds.) Andrea de Guttry, Francesca Capone, Christophe Paulussen, Asser Press, 2016, pág. 250.

la aplicación de los mismos desde una perspectiva pro persona, las diferentes respuestas de los EEMM a la repatriación de sus nacionales niños. La tercera parte de este artículo se centra en plantear argumentos legales basados en el respeto a los derechos existentes para la repatriación de los niños y niñas.

Condiciones en los campamentos de desplazados internos sirios

La caída del último bastión de Daesh en marzo de 2019 en la ciudad de Baghouz, a manos de EEUU con el apoyo de la Administración autónoma del Norte y Este de Siria (AANES), supuso el colapso territorial de la organización terrorista³. Centenares de combatientes extranjeros fueron capturados y detenidos. La mayoría de mujeres y niños, fueron trasladados a los campamentos de desplazados internos de al-Hol y al-Roj al noreste de Siria⁴, campamentos que de facto actúan como centros de detención en los que la mayoría todavía permanecen y de los que no se les permite salir, salvo por cuestiones sanitarias de extrema urgencia. La mayoría de estas mujeres y niños no se les acusa de ningún delito ni han tenido juicio alguno⁵.

Las condiciones de estos campos de desplazados son inhumanas y atentan contra la vida de las personas que en

3. Al Jazeera, “Hundreds of ISIL Fighters Surrender in Syria’s Baghouz: SDF”. 7 March 2019.
4. RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 27-38. Human Rights Council, “Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic”, A/HRC/37/72, 1 February 2018, Annex III Internally displaced persons, para. 4.
5. France, Belgium, Germany, the Netherlands, Sweden, the UK, Spain, Italy and Austria are among the major European countries of origin, see: Thomas Renard and Rik Coolsaet, “From Bad to Worse: The Fate of European Foreign Fighters and Families Detained in Syria, One Year After the Turkish Offensive”, 2020, p. 5.

ellos conviven⁶. En ellos falta agua, alimentos, electricidad y la infraestructura sanitaria necesarios para vivir. Solo en 2019 murieron más de 371⁷ niños y niñas, y a mediados de 2022 ya se registraban más de 157 muertes de niños y niñas, además con la llegada del frío y las enfermedades que en otros lugares son estacionales y aquí se convierten en endémicas. La mayoría de estas muertes tuvieron lugar por causas que se podrían haber evitado como diarrea o malnutrición. El responsable de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria ha denunciado esta situación en varias ocasiones a través de sus informes⁸. El acceso a la asistencia sanitaria es extremadamente limitado, lo que se acentuó durante la pandemia COVID-19, sin embargo, muy pocos casos fueron reportados en el campo de al-Hol, ya que apenas se hicieron tests de detección. Además, la creciente violencia en el interior de los campos⁹ hizo que se limitara todavía más el acceso de los equipos de ayuda y ONGs, dificultando que los actores humanitarios pudieran viajar a la zona y cumplieran con su misión¹⁰.

La violencia física entre los guardias de las Fuerzas Democráticas Sirias (SDF) y los detenidos, así como entre los

6. Human Rights Watch (“HRW”), “Syria: Dire Conditions for ISIS Suspects’ Families”, 23 July 2019. Liberation, “En Syrie, le Cimetière des Enfants Perdus du «Califat»”, 4 May 2021.
7. RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 48-49.
8. Paulo Sérgio Pinheiro, “Statement by Mr. Paulo Sérgio Pinheiro, Chair of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic”, 41st Session of the Human Rights Council, 2 July 2019, 16 September 2019.
9. Paulo Sérgio Pinheiro, “Statement of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic”. 51 período de sesiones, del 12 de septiembre al 7 de octubre de 2022.
10. For more information regarding COVID-19 in the camps, see: HRW, “Thousands of Foreigners Unlawfully Held in NE Syria”, 23 March 2021.

propios detenidos¹¹, es endémica lo que está favoreciendo la aparición de síntomas de trauma psicológico para la población retenida¹². La violencia a la que los niños están expuestos en los campamentos incluye violencia sexual, explotación, tráfico, acoso y el riesgo de adoctrinamiento¹³. Existen numerosos relatos de adolescentes que fueron separados a la fuerza de sus familias por las SDF y llevados a prisiones; algunos de estos centros han sido descritos como centros de “rehabilitación” o “desradicalización”¹⁴. Además, la seguridad en los campamentos se está deteriorando de forma descontrolada, las mujeres que todavía siguen vinculadas o apoyan la causa del Daesh han amenazado, atacado y castigado violentamente a mujeres y niños a quienes consideraban “infieles”. La autoridad autónoma que gestiona los campamentos de desplazados y Naciones Unidas han advertido en varias ocasiones acerca de que los campamentos se conviertan en incubadoras que favorezcan el resurgimiento de Daesh¹⁵. No debemos olvidar que los

11. RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 40-44.
12. Ibid, para. 39-40; Children’s Rights Ombudspersons (Belgium), “Recommendations From the Children’s Rights Ombudspersons of Belgium to Deal with the Children Returning in Belgium from Jihadist Zones”. No date, p. 4. See also: Médecins Sans Frontières, “MSF Denounces Unsafe Environment in Al-Hol Camp in Wake of Staff Killing”, 2 March 2021; InfoMigrants, “Syria: 12 Murders in Two Weeks at Al Hol Refugee Camp”, 25 January 2021; Arabiya News, “Syria’s al-Hol camp for ISIS families records 31 murders this year”, 3 March 2021.
13. For details see: Fionnuala Ní Aoláin, “Gendering the Boy Child in the Context of Counterterrorism: The Situation of Boys in Northeast Syria”, 8 June 2021, Just Security. See also: RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 48.
14. Nisan Ahmado, “Center in Syria Seeks to Deradicalize IS Teens”, VOA News, 6 June 2019.
15. RTBF, “Al-Hol Camp in Syria Is Out of Control: ‘Daesh Has Taken Over’”, 3 March 2021. The Guardian, “Inside al-Hawl Camp, the Incubator for Islamic State’s Resurgence”, 31 August 2019; Open Letter from National Security Professionals to Western Governments, “Unless We Act Now, the Islamic State

campamentos del noreste de Siria están situados en el área en que tiene lugar el conflicto armado entre las fuerzas kurdas y turcas, haciéndolos, si todavía fuera posible, más peligrosos, inestables, y con alto riesgo para los que allí intentan sobrevivir.

En octubre de 2020, se estimaba que 63.400 mujeres y niños continuaban detenidos en los campamentos de desplazados internos de los cuales 8.000 serían niños y 4.000 mujeres que se cree, son de países distintos de Irak o Siria¹⁶. Se estima además que más de dos tercios de los niños extranjeros en los campamentos son menores de 12 años, siendo la mayoría menores de cinco años, y más de 500 de esos niños extranjeros, huérfanos o niños no están acompañados. Entre los extranjeros en los campamentos, se estima que 1.000 son mujeres y niños europeos, de los cuales más de 640 son niños procedentes de Francia, Bélgica, Alemania, los Países Bajos, Suecia¹⁷ y Reino Unido¹⁸.

Niños y niñas en los campamentos de al-Hol y al-Roj

La representación de los niños y niñas en los campamentos de desplazados internos como un todo monolítico no es real y los deshumaniza, lo que ayuda a fomentar los enfoques de

-
- Will Rise Again”, 11 September 2019; Rights Watch UK, “European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing”, 7 November 2019, para. 4; Natasha Turak “Hundreds of ISIS Prisoners are Escaping from Camps in Northern Syria amid Turkish Offensive”, CNBC, 14 October 2019; Al Arabiya “French Women from Syrian Camp ‘Retrieved’ by ISIS: Relatives”, 15 October 2019.
 16. HRW, “Thousands of Foreigners Unlawfully Held in NE Syria”, 23 March 2021.
 17. Ibid. Thomas Renard and Rik Coolsaet, “From Bad to Worse: The Fate of European Foreign Fighters and Families Detained in Syria, One Year After the Turkish Offensive”, 2020, p. 5.
 18. RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 17.

securitización que gran parte de los gobiernos europeos han adoptado a la hora de repatriar a estos niños y niñas. Pero la realidad es que nos encontramos diferentes perfiles de niños y niñas dependiendo de su edad, su nivel de madurez, si defienden o no los postulados de Dáesh, su ideología, si han sido adoctrinados previamente por el grupo terrorista e incluso si han participado o no en las actividades de Dáesh¹⁹. Estas cuestiones hacen que no hablemos de un solo grupo de niños y niñas en este sentido, nos encontramos incluso con que algunos de ellos han nacido dentro de lo que Dáesh llamó territorio del Estado Islámico, lo que conlleva un entorno y contexto distinto.

Las mujeres en los campamentos tampoco son un grupo homogéneo²⁰. Una importante proporción de mujeres que viajaron originalmente a la región sabían que se estaban uniendo a ISIS, pero muchas tenían un conocimiento limitado sobre las consecuencias y la verdadera naturaleza del régimen de Dáesh. Un número considerable de ellas fueron víctimas del tráfico ilegal²¹ o fueron coaccionadas para viajar a territorio Dáesh. Si bien no todas las mujeres en los campamentos han estado involucradas operativamente en las actividades del Dáesh, algunas de ellas jugaron un papel importante en la organización, a veces reclutando a través de la propaganda *on* y *off line*, y otras siendo miembros de las brigadas de la policía religiosa femenina e imponiendo castigos cuando los códigos de comportamiento de Dáesh eran violados, o participando

19. Joana Cook and Gina Vale, *“From Daesh to ‘Diaspora’: Tracing the Women and Minors of Islamic State”*, 2018, pp. 30-34.

20. Women in the camps are at risk of being transferred to jurisdictions where they may be at risk of torture or death penalty, see: Reprieve, *“Trafficked to Syria: British Families Detained in Syria after Being Trafficked to Islamic State”*. April 2021, pp. 11-12.

21. Ibid.

en operaciones de combate²². Independientemente de sus motivaciones y roles dentro del Dáesh, numerosas mujeres han sido sometidas a abusos atroces en los que se han violado sistemáticamente los derechos humanos, incluida la violencia sexual, la trata y el matrimonio forzado²³.

Significativamente, una alta proporción de mujeres en los campamentos nunca han mostrado apoyo a Dáesh o ha declarado su arrepentimiento²⁴. Solo una minoría de mujeres en los campamentos siguen siendo partidarias de la facción más dura del Dáesh, algunas de ellas han manifestado no querer ser repatriadas y han replicado las estructuras de Dáesh en los campamentos; un ejemplo es cómo han replicado la policía religiosa haciendo cumplir el código de vestimenta impuesto por Dáesh, utilizando la violencia física y verbal contra las personas que no respetaban sus normas²⁵. Sin embargo, muchas otras mujeres en los campamentos condenan las duras e inhumanas condiciones de su detención y expresan su voluntad de regresar a sus países de origen, llevar a sus hijos a casa a salvo y, si es necesario, enfrentarse a la justicia. Algunas han renunciado formalmente a la custodia de sus hijos, renunciando a la patria potestad para ofrecer a sus hijos la posibilidad de un

22. Por ejemplo, New Straits Times, *“Female Suicide Bomber Kills 31 in Busy Iraqi Market”*, 10 June 2017; ICG, *“Women and Children First: Repatriating the Westerners Affiliated with ISIS”*, 2019, p. 6.

23. Luisa Dietrich and Simone E. Carter, *“Gender and Conflict Analysis in ISIS Affected Communities of Iraq”*, Oxfam, 2017, p. 9; HRW, *“Iraq: ISIS Escapees Describe Systematic Rape”*, 14 April 2015. see: Reprieve, *“Trafficked to Syria: British Families Detained in Syria after Being Trafficked to Islamic State”*. April 2021, pp. 11-12.

24. RSI, *“Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”*, 2020, para. 95; VOA News, *“In Camp of Diehard IS Supporters, Some Women Express Regrets”*, 23 April 2019.

25. Anne Speckhard and Ardian Shajkovci, *“Waiting for Return of the Caliphate Among ISIS Enforcers in Syria’s al Hol, Ain Issa and Roj Camps”*, 2019.

futuro mejor fuera de los campamentos²⁶. En otras ocasiones, han recurrido al pago a contrabandistas para que las saquen con sus hijos de los campamentos²⁷.

Reacciones de los estados miembro

Tras la derrota militar de Dáesh en 2019, las SDF (administrador de facto del área,) anunciaron que no procesaría a ningún combatiente extranjero²⁸. Desde ese momento, tanto la propia SDF como la AANES, han expresado en varias ocasiones su voluntad de ayudar a los estados en todos los aspectos tanto logísticos como administrativos que sean necesarios²⁹ para que la repatriación de sus nacionales se haga efectiva, insistiendo además en que la repatriación se haga acompañados de la madre.

Las políticas de repatriación de los diferentes estados europeos han variado sustancialmente, pero por regla general afirman que no tienen obligación de repatriar de forma activa a sus nacionales³⁰, tampoco de prestarles asistencia consular a menos

26. Azeem Ibrahim and Myriam François, “Foreign ISIS Children Deserve a Home”, International Observatory Human Rights, 8 September 2020.

27. Center for Global Policy, “The Children of ISIS Detainees: Europe’s Dilemma”, 2020, p. 8.

28. Al Jazeera, “SDF Calls for International Tribunal for ISIL Detainees”, 25 March 2019.

29. AANES, 18 March 2021, “Press Release”; Library of Congress, “Germany: Court Obligates Government to Repatriate ISIS Member and Children to Germany”, Global Legal Monitor, 17 December 2019; Kurdistan 24, “Belgium strikes deal with KRG to repatriate children of ISIS members: Minister”, 13 June 2018; Rights Watch UK, “European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing”, 7 November 2019, para. 17; Emma Broches, “What Is Happening With the Foreign Women and Children in SDF Custody in Syria?”, Lawfare, 24 March 2020.

30. Consultar: Norway and the Netherlands, indicated explicitly that while there is a principle of a right to return for these citizens, it does not translate into a

que accedan a una representación consular que les puedan ayudar en la obtención de los documentos necesarios para viajar a sus países de origen³¹, algo imposible para estos niños y niñas encerrados en los campamentos. Existen algunas excepciones a estas reacciones de los estados, ya que algunos de ellos han repatriado a niños muy pequeños, niños que tenían alguna complicación médica o aquellos que eran huérfanos o niños no acompañados cuya nacionalidad había sido comprobada³².

duty to proactively repatriate the children or to provide consular assistance, see: NRK, “Solberg: - Norske IS-krigere har rett til å komme hjem”, 16 February 2019, Tweede Kamer, “Reactie op het verzoek van het lid Buitenweg, gedaan tijdens de Regeling van Werkzaamheden van 5 februari 2019, over het bericht ‘Nederland onderzoekt terughalen vrouwelijke Syriëgangers en kinderen’”, 21 February 2019, p. 1. Para obtener información detallada sobre las políticas de repatriación europeas de los EEMM, consultar: Rights Watch UK, “European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing”, 7 November 2019 para. 5; RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 58-62.

31. Tanya Mehra, “European Countries Are Being Challenged in Court to Repatriate their Foreign Fighters and Families”, 7 noviembre 2019; Rights Watch UK, “European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing”, 7 noviembre 2019, para 5.

32. Para más información, Reino Unido confirmó que solo consideraría la repatriación de huérfanos y menores no acompañados, caso por caso, ver: DW, “UK to Repatriate British Orphans of ‘Islamic State’ Fighters”, 21 Noviembre 2019. Francia parece no tener una política oficial, pero anunció a principios de 2019 que intentaría repatriar a los huérfanos y menores no acompañados (pero no a sus madres) y ha confirmado que todas las decisiones de repatriación se tomarán caso por caso, ver: Rights Watch UK, “European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing”, 7 noviembre 2019, nota a pie de página 11. Entre marzo de 2019 y abril de 2020, Francia repatrió a 28 niños, la mayoría de los cuales eran huérfanos; ver: France 24, “France Repatriates 10 Children from Syria, Foreign Ministry Says”, 22 junio 2020. Ver también: Thomas Van Poecke, Evelien Wauters, “The Repatriation of European Nationals from Syria as Contested Before Domestic Courts in Belgium and Beyond”, Working Paper No. 229, KU Leuven, enero 2021, pp. 42-43. En Bélgica, “[el] gobierno federal decidió en diciembre de 2017 que los hijos menores de diez años de ciudadanos belgas que viajaron a Siria tenían derecho a regresar a Bélgica. En el caso de los niños mayores, la situación debía evaluarse caso por caso. Si bien el gobierno belga, en principio, no está dispuesto a repatriar a los adultos, las autoridades

De esta manera, algunos estados han adoptado un enfoque *ad hoc* basado en repatriaciones caso a caso que no han tenido un criterio claro ni transparente creando una dicotomía entre aquellos niños que merecían ser repatriados y los que no, y lo que es todavía peor están prolongando el proceso de repatriación. Lo que ha quedado patente es la manera abrumadora en la que los estados han mostrado su negativa a repatriar a los niños y niñas acompañados por sus madres³³. Para justificar estas posiciones los estados han alegado las dificultades logísticas, el riesgo para la seguridad nacional³⁴, la complejidad que supone determinar la nacionalidad de estos niños y niñas además de la especial sensibilidad política que supone reconocer a las SDF (un actor no estatal) como soberano de facto³⁵. A pesar de estas motivaciones los casos de países no europeos demuestran que

kurdas no permiten que los niños se vayan sin sus padres”. Ver: Thomas Van Poecke, Evelien Wauters, “The Repatriation of European Nationals from Syria as Contested Before Domestic Courts in Belgium and Beyond”, 2021, pp. 4-5. Ver también: *The Telegraph*, “Belgium Pledges to Repatriate Children of Isil From Syrian Camps”, 14 febrero, 2020. Más tarde, en 2021, las autoridades belgas anunciaron que repatriarían a los niños belgas de 12 años o menores y a algunas mujeres en los campamentos caso por caso. Ver: Al-Monitor, “Belgian Children and Some Women To Be Repatriated from IS Camp in Syria”, 4 marzo 2021.

33. Emma Broches, “What Is Happening With the Foreign Women and Children in SDF Custody in Syria?”, *Lawfare*, 24 Marzo, 2020; *Le Point*, “Syrie: La Belgique pour un Retour Groupé d’Enfants de Jihadistes”, 14 febrero, 2020. Some notable exceptions include Italy, see: US Department of State, “U.S. Commends Italy for Repatriating Its Citizens from Syria”, 1 octubre, 2020.
34. Letta Tayler, “Western Europe Must Repatriate Its ISIS Fighters and Families”, *Al Jazeera*, 21 Junio 2019. Tales justificaciones son problemáticas. Consultar la sección “Ciudadanía” de OSJI, que contiene enlaces a numerosos informes y casos de litigio que han presionado por salvaguardas que impidan que los gobiernos eludan responsabilidades en función de su propia incapacidad o negativa a identificar a los nacionales y a los niños apátridas.
35. ICG, “Women and Children First: Repatriating the Westerners Affiliated with ISIS”, 2019, p. 13.

es posible realizar repatriaciones que aseguren el respeto y las garantías de sus derechos a estos menores³⁶.

La repatriación de los niños y sus madres generalmente ha sido presentada por los políticos y los medios de comunicación como una amenaza a la seguridad nacional. Es cierto que debemos tratar las cuestiones de seguridad con la mayor seriedad y rigor posible, ya que la repatriación no está exenta de riesgos. Sin embargo, el dejar abandonados a niños y mujeres en los campamentos no favorece la seguridad a largo plazo de los Estados europeos y, de hecho, puede ser contraproducente. No en vano, los expertos en lucha contra el terrorismo han pedido un enfoque en el que la repatriación de nacionales –hombres, mujeres y niños– sea sólo el inicio de un proceso que continúe, con el enjuiciamiento, rehabilitación y reintegración³⁷. Los expertos en antiterrorismo indican que a largo plazo, la repatriación es la mejor solución porque permite un control y seguimiento del proceso de repatriación.

Además de los expertos en lucha contra el terrorismo, un número creciente de voces ha pedido la repatriación de los niños junto con sus madres, incluido el Secretario General de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad de la ONU³⁸,

-
36. Tanya Mehra, “European Countries Are Being Challenged in Court to Repatriate their Foreign Fighters and Families”, 7 November 2019; Rights Watch UK, “European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing”, 7 November 2019, parag 5.

37. Ibid.

38. UNSC, “Resolution 2427 (2018) on Children and Armed Conflict”, S/RES/2427, 9 July 2018, para. 26; UNSC, “Resolution 2396 (2017) on Threats to International Peace and Security Caused by Terrorist Acts”, S/RES/2396, 21 December 2017; UNSC, “Resolution 2178 (2014) on Threats to International Peace and Security Caused by Terrorist Acts”, S/RES/2178, 24 September, 2014.

numerosos Relatores Especiales de Naciones Unidas³⁹, el Consejo de Europa,⁴⁰ el Comisionado Europeo para los Derechos Humanos⁴¹, y el Parlamento Europeo⁴², así como otros actores que van desde los familiares de las mujeres y los niños en los campamentos hasta las agencias de protección infantil⁴³ y grupos de víctimas de terrorismo. Sin embargo, a pesar de la presión nacional e internacional, los estados europeos han repatriado solo a un número limitado de niños, en su gran mayoría no acompañados. Además, en algunos casos, los Estados europeos han buscado activamente evitar la repatriación de sus ciudadanos mediante la retirada de la nacionalidad a sus nacionales menores.

En este contexto, los familiares de los niños y sus madres detenidas en los campamentos han comenzado a impugnar en los tribunales europeos las decisiones de los gobiernos

39. OHCHR, “[Syria: UN Experts Urge 57 States to Repatriate Women and Children from Squalid Camps](#)”, 8 February 2021.

40. PACE, “[Resolution 2321 \(2020\) on International Obligations Concerning the Repatriation of Children from War and Conflict Zones](#)”, 30 January 2020.

41. European Commissioner for Human Rights, “[Intervention de la Commissaire aux Droits de l’Homme du Conseil de l’Europe en Qualité de Tierce Partie devant la Cour Européenne des Droits de l’Homme](#)”, Requête no 24384/19 et 44234/20 H.F. et M.F. c. France et J.D. et A.D. c. France, 25 June 2021.

42. European Parliament, “[Resolution of 26 November 2019 on Children’s Rights on the Occasion of the 30th Anniversary of the UN Convention on the Rights of the Child](#)”, 2019/2876(RSP), 26 November 2019, para. 61.

43. Children’s Rights Ombudspersons (Belgium), “[Recommendations From the Children’s Rights Ombudspersons of Belgium to Deal with the Children Returning in Belgium from Jihadist Zones](#)”, no date, p. 2; The Children’s Commissioner for England, “[Letter from the Children’s Commissioner to the Home Office and the Foreign Commonwealth Office](#)”, 2019; The Flemish Office of the Children’s Rights Commissioner, “[Standpunt Belgische Kinderen Uit Terroristische Conflictzones Moeten Kunnen Rekenen Op Onze Hulp](#)”, Statement, April 2018; The Dutch Children’s Ombudsman, “[Nederland Moet Kinderen in Kampen Beschermen](#)”, Statement, 19 April 2018; Alice Tidey, “[Six Belgian Orphans of Islamic State Fighters Taken in by Belgium](#)”. EuroNews, 19 April 2018.

de no repatriarlos. En algunos casos, como en Francia, los tribunales defirieron a las competencias políticas del gobierno. Sin embargo, en otros casos como Bélgica, los Países Bajos, y Alemania, los tribunales nacionales solicitaron inicialmente a las autoridades estatales que hicieran esfuerzos para repatriar a los niños y niñas incluso, en algunos casos, con sus madres. Sin embargo, muchas de estas decisiones judiciales han sido revocadas en apelación, reforzando la postura de los Estados de que la repatriación de niños, niñas y mujeres es una opción política más que una obligación legal. Algunas de estos casos ahora se están llevando ante los tribunales supremos en diferentes jurisdicciones, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y ante el Comité de los Derechos del Niño. Además, la respuesta negativa de los Estados, en particular de Francia, a repatriar a los niños y sus madres de los campamentos, ha sido denunciada ante la Corte Internacional Tribunal Penal como constitutivo de un crimen de guerra, debido a la ilegalidad de la detención y malos tratos.

Obligaciones de los estados europeos

Esta sección intenta identificar las herramientas, de las que el derecho europeo e internacional dispone, sobre la obligación legal de los Estados europeos de repatriar proactivamente a sus nacionales niños y niñas. Los argumentos que aquí describen se centran en tres consideraciones de derechos humanos: la aplicación extraterritorial de las obligaciones de los Estados europeos en derechos humanos en relación con sus nacionales niños y niñas detenidos en el noreste de Siria, el interés superior del niño y el derecho a no ser discriminados. Después, la sección examina varios argumentos sustantivos de derechos humanos relacionados, como el derecho a la nacionalidad, y deja para la versión extendida de este trabajo el examen sobre el derecho a la nacionalidad, el derecho a acceder a asistencia consular, el derecho a entrar en el propio país, el derecho a la vida, derecho

a no ser sometido a torturas ni malos tratos, derecho a la libertad y seguridad, y el derecho de los niños víctimas de conflictos armados a su reintegración y recuperación. En el contexto de la detención de niños en los campamentos en el noreste de Siria, la protección efectiva de estos derechos crea una obligación de repatriar proactivamente a los niños, junto con sus madres.

La repatriación proactiva no significa limitarse a permitir que los nacionales entren en el país de su nacionalidad si son liberados o si finalmente logran escapar de los campamentos y pueden regresar a los países de su nacionalidad. La repatriación proactiva tampoco significa simplemente repatriar a los niños y las niñas caso por caso, prolongando así su precaria situación y discriminar a los niños cuyos cuidadores o familiares no cuentan con los recursos necesarios para apoyar los procesos judiciales. La repatriación proactiva significa por el contrario que los Estados deben organizar las repatriaciones de todos sus niños y niñas nacionales, de conformidad con el principio del “mejor interés” de estos niños y niñas. En la práctica, esto supone: ponerse en contacto con las autoridades que gestionan los campamentos, las representaciones consulares ubicadas cerca, y ONGs activas en el terreno para llevar a cabo de forma efectiva la repatriación, establecer la nacionalidad de estos niños y niñas, siempre que sea estrictamente necesario y con las debidas y salvaguardas correspondientes, lo que puede significar facilitar las pruebas de ADN para determinar la paternidad o maternidad; asegurar las garantías de su bienestar físico y psicológico; proporcionarles la atención médica adecuada; y, la emisión de documentos administrativos, incluyendo documentos de identidad y de viaje, para permitir el viaje asistido de los niños a su país de nacionalidad. Una vez los niños y niñas se encuentren en territorio de su nacionalidad, los Estados deben encargarse de que sigan los programas y el apoyo adecuados para su integración y su cuidado, ya que el

trauma y el estrés al que están siendo sometidos estos niños y niñas hace que deban ser tratados por expertos en la materia.

Las normas internacionales y europeas de derechos humanos citadas en esta sección deben evaluarse junto con las obligaciones de los Estados el derecho penal internacional y las leyes internacionales contra el terrorismo.

Jurisdicción extraterritorial

La aplicación de las obligaciones de derechos humanos depende de la jurisdicción de los Estados⁴⁴. Según el derecho europeo e internacional de derechos humanos, la jurisdicción es principalmente territorial⁴⁵, pero no exclusivamente. Los Estados pueden ejercer su jurisdicción extraterritorialmente bajo tres modelos: a) el modelo espacial, concebido como el control efectivo del Estado sobre el territorio (podemos decir que este es el modelo tradicional)⁴⁶; b) el modelo personal, que considera la autoridad o el control de los Estados sobre un individuo fuera del propio territorio de los Estados⁴⁷; y, el modelo más reciente, c) el modelo funcional, que depende de la capacidad de los Estados para proteger a las personas

44. International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”), Article 2; CRC, Article 2; Convention Against Torture (“CAT”), Article 2; ECtHR, Article 1.

45. ECtHR, “Bankovic et al vs. Belgium”. Application No. 52207/99, 12 December 2001, para. 59-61.

46. ECtHR, “Bankovic et al vs. Belgium”, para. 70; ECtHR, “Ilaşcu et al vs. Moldova and Russia”, Application No. 48787/99, 8 July 2004, para. 314-316; ECtHR, “Loizidou vs. Turkey”, Application No. 15318/89, para. 52; See also: Human Rights Committee (“HRCComm”), “General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the ICCPR”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004, para. 10.

47. ECtHR, “Al Skeini and others v. UK”, Application No. 55721/07, para. 131-140; HRCComm, “General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the ICCPR”, para. 10.

de amenazas de forma “inmediata y previsible”⁴⁸. Incluso en ausencia de un control efectivo sobre el territorio extranjero, los Estados de la Unión Europea pueden tener una obligación positiva en virtud del artículo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (“CEDH”) de tomar medidas dentro de su potestad para garantizar el respeto de los derechos humanos fuera de su territorio. Un Estado, por ejemplo, puede tener jurisdicción respecto a los actos que se realicen, o que produzcan efectos, fuera de sus fronteras nacionales⁴⁹.

El TEDH recuerda que los Estados Partes pueden ser considerados responsables de las consecuencias extraterritoriales de sus decisiones si conllevan un riesgo de tortura o malos tratos⁵⁰. Además, el propio TEDH ha reconocido que la jurisdicción del Estado Parte puede surgir de las acciones u omisiones de sus funcionarios diplomáticos o consulares cuando, en el ejercicio de sus funciones oficiales, ejercen en el extranjero su autoridad

48. Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Annex to the Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions: Investigation into the Unlawful Death of Mr. Jamal Khashoggi”, 2019, para. 360; The Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis”, 2020, para. 14- 17, 35, 36; CommRC, “L.H. et al vs. France”, communications No. 79/2019 and No. 109/2019, CRC/C/85/D/79/2019-CRC/C/85/D/109/2019, 2 November 2020, para. 9.6 and 9.7; HRCComm, “S. and others vs. Malta,” Communication No. 3043/2017, CCPR/C/128/D/3043/2017, 27 January 2021, para. 6.5, 6.7; HRCComm, “S. and others vs. Italy,” Communication No. 3042/2017, CCPR/C/130/D/3023/2017, 27 January 2021, para. 8.5.

49. ECtHR, “Ilaşcu et al vs. Moldova and Russia,” Application no.6780 and no.6950/75, para. 314; ECtHR, “Medvedyev and others vs. France,” Application No. 3394/03, para. 64; ECtHR, “Al Skeini and others vs. UK,” Application No. 55721/07, para. 131; ECtHR, “Güzelyurtlu and others vs. Cyprus and Turkey,” Application No. 36925/07, para. 178.

50. ECtHR, “Soering vs. UK,” Application No. 14038/88, para. 96-98.

en relación con los nacionales de ese Estado⁵¹. Los órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos también han reconocido varias formas concretas en que los Estados ejercen jurisdicción a pesar de no tener ningún dominio territorial. Por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño, ha reconocido que los Estados tienen jurisdicción respecto de los actos que se realicen, o que produzcan efectos, fuera de sus fronteras nacionales. En el contexto de la migración, el Comité ha sostenido que, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados “deberían asumir la responsabilidad extraterritorial de la protección de niños que son sus nacionales fuera de su territorio a través de una protección consular basada en los derechos de los niños”⁵². En este contexto el Comité, considera que los Estados tienen jurisdicción sobre sus nacionales residentes en el extranjero en relación con el ejercicio por el Estado de la facultad de emitir pasaportes⁵³.

La tendencia constante en los casos antes mencionados es que los tribunales examinen el alcance del control de un Estado sobre derechos particulares, señalando que un Estado puede tener

51. ECtHR, “Al Skeini and others vs. UK,” Application no. 55721/07, para. 133, 134; ECtHR, “X vs. UK,” Application No. 7547/76, Commission decision of 15 December 1977, Decisions and Reports 12, p. 73; ECtHR, “S. vs. Germany,” Application No. 10686/83, Commission decision of 5 October 1984, D.R. 40, p. 191.

52. UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (“CMW”), “Joint General Comment No. 4 of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the CommRC on State Obligations Regarding the Human Rights of Children in the Context of International Migration in Countries of Origin, Transit, Destination and Return”, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 November 2017, para. 17(e) and 19, cited in: CommRC, “L.H. et al vs. France,” Communications No. 79/2019 .

53. HRCComm, “Vidal Martins vs. Uruguay,” Communication No. 57/1979, 23 March 1982, para. 7.

jurisdicción sobre algunos de los derechos de una persona sin tener jurisdicción sobre otros⁵⁴. Según dos relatores especiales de la ONU, la evaluación de si los Estados ejercen un control de facto sobre los derechos de los niños en los campamentos de desplazados internos en Siria, deben tener en cuenta factores tales como: (1) la cercanía entre los actos del Estado y la supuesta violación; (2) el grado y alcance de la cooperación, el compromiso y las comunicaciones con las autoridades que detienen a niños y sus tutores; (3) la medida en que el Estado de origen puede poner fin a la violación de los derechos de la persona por ejercer o rechazar cualquier intervención positiva para proteger y promover la derechos de sus nacionales; y (4) la medida en que otro Estado o actor no estatal tiene control sobre los derechos⁵⁵.

Hay, como tal, múltiples formas en las que se puede argumentar que los estados europeos tienen jurisdicción sobre sus niños y niñas nacionales que permanecen en los campamentos, ejerciendo control sobre sus derechos. En primer lugar, algunos Estados tienen presencia en los campamentos a través de su personal diplomático, militar y de inteligencia y tienen un grado de control sobre sus nacionales allí⁵⁶. Como dos de los relatores han subrayado, si bien esto ocurre fuera del reconocimiento formal del estatus de las autoridades que gestionan los campamentos, este compromiso señala “un grado y sustancia de la capacidad e influencia en las vidas de aquellos bajo su

54. ECHR rights can be “divided and tailored”. See: ECtHR, “Al-Skeini and others vs. United Kingdom”, para. 137.

55. The Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis”, 2020, para. 36.

56. RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, p. 5.

control que no debe ser ignorado”⁵⁷. En concreto, el TEDH, para hacer efectivos los derechos de la Convención, no ha permitido a los Estados basarse en argumentos formalistas sobre la falta de relaciones diplomáticas para evitar sus obligaciones en virtud del derecho a la vida, cuando en realidad la cooperación era posible⁵⁸. En segundo lugar, las autoridades estatales están ejerciendo poderes públicos al decidir si repatriar o a quién repatriar de los campamentos, lo que afecta los derechos de los niños de “manera directa y razonablemente previsible”⁵⁹. Los Estados europeos no pueden argumentar convincentemente que no son conscientes de los riesgos y violaciones de derechos humanos a los que están expuestos los niños en los campamentos y de los daños probables, previsibles y graves a los que están expuestos si permanecen en los campamentos, considerando la gran cantidad de niños que han muerto en los campamentos. En tercer lugar, los niños son nacionales de los Estados europeos que necesitan la protección de sus Estados de nacionalidad, que tienen la capacidad y la obligación⁶⁰ de proporcionar la documentación de viaje necesaria. Desde la

57. The Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis”, 2020, para. 21; RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 84.

58. ECtHR, “Güzelyurtlu and others vs. Cyprus and Turkey”. Application No. 36925/07, 29 January 2019, para. 244.

59. See: HRCComm, “General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the ICCPR”, CCPR/C/G/36, 30 October 2018, para. 63; Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis”, 2020, para. 15.

60. See: HRCComm, “Vidal Martins vs. Uruguay”, Communication No. 57/1979, 23 March 1982, para. 7.

perspectiva de una capacidad funcional, está dentro del poder material de los Estados europeos repatriar a sus nacionales de los campamentos; de hecho, algunos ya lo han hecho. Sobre la base de los principios de la cooperación internacional, aquellos Estados que tengan dificultades para repatriar a sus hijos pueden hacerlo a través de un tercer Estado, como ha sucedido en al menos un caso⁶¹, ya que las SDF están dispuestas a colaborar con los Estados europeos para repatriar a sus nacionales, como ya lo ha hecho en algunos casos.

La situación de hecho, junto con la capacidad de los Estados europeos para proteger a sus niños y niñas nacionales en los campamentos, da lugar a una obligación positiva que tiene como finalidad prevenir graves violaciones a los derechos humanos. Desde 2020 el Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado hasta en cuatro ocasiones con cuatro Comunicaciones referentes a la admisibilidad sobre repatriaciones de niños y niñas europeos a sus países de origen. En concreto, las Comunicaciones No. 79/2019, 109/2019 y 77/2019, sobre Francia y la Comunicación No. 100/2019⁶² sobre Finlandia. Pese a que estas decisiones solo tratan la admisibilidad de las demandas, los pronunciamientos del Comité en este sentido han sido y siguen siendo relevantes por tres motivos: en primer lugar, porque han evidenciado el problema humanitario que sigue sin resolverse en estos campamentos de desplazados internos. En segundo lugar porque fuerza, tanto al Comité como al Tribunal de Derechos Europeos, a entender y resolver sobre la cuestión ya que los Estados no han sido capaces de hacerlo por sí mismos por diversas razones relacionadas en la

61. With the support of France, the Netherlands repatriated two Dutch children in June 2019, see: Reuters, “[French, Dutch Islamic State Orphans Repatriated from Syria](#)”, 10 June 2019.

62. Decisión Comité Europeo Derechos del Niño: [Concerning communication No. 100/2019](#).

mayoría de casos con sus políticas exteriores. Y en tercer lugar, porque abre la puerta a la aplicación del modelo funcional de la aplicación extraterritorial de los Derechos Humanos.

En las tres comunicaciones contra Francia, las dimensiones de los derechos de los niños se ven agravadas por el hecho de que muchos de sus progenitores eran a su vez adolescentes cuando decidieron viajar a las áreas controladas por Daesh, o lo siguen siendo hoy, además de que algunos de los niños en cuestión nacieron en territorio sirio. Los hechos presentados por los demandantes y otros informes⁶³ señalan matrimonios forzados, coerción y vulnerabilidad. No se ha iniciado ningún proceso judicial contra ninguno de ellos y ellas, lo que también abre el debate sobre la brecha que existe en la rendición de cuentas de aquellos que participaron en actividades atroces a manos de Daesh, a la vez que evidencia el vacío legal que existe para aquellos que no participaron en ninguna actividad terrorista y siguen en los campamentos de desplazados agotando sus días en condiciones deplorables. Pese a que, en las tres decisiones referentes a Francia en instancias inferiores a nivel estatal, los órganos sostuvieron que Francia carecía de jurisdicción sobre las niñas y niños en estos campamentos, las tres decisiones fueron admitidas por el Comité. En estas decisiones, el Comité establece que Francia cuenta con la logística apropiada para llevar a cabo las repatriaciones ya que lo ha hecho anteriormente, repatriando a más de 30 niños y niñas franceses sin que haya notificado ningún tipo de incidente o el rechazo de colaboración de las SDF⁶⁴. El Comité además reitera la certeza de la situación de daño y peligro en la que viven estos niños y niñas, y el riesgo

63. [Committee of Experts on Terrorism, The Roles of Women in Daesh: “Discussion Paper, Consejo de Europa”, 2016.](#)

64. Comité de los Derechos del Niño. [Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l’enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant les communications No. 77/2019, 79/2019 et 109/2019, párrafo 6.4.](#)

real, inminente y predecible al que están expuestos⁶⁵. Por estos motivos el Comité establece la admisión de las demandas y reitera la obligación positiva de los estados bajo el artículo 4 del Convenio de proteger a sus nacionales bajo su jurisdicción haciendo especial hincapié en que esta obligación deviene especialmente fuerte cuando se trata de proteger a niños y niñas del riesgo real de muerte al que se enfrentan los niños que se encuentran en los campamentos de desplazados internos al noreste de Siria. El Comité además admite la violación del artículo 37 (a) al estar detenidos de manera indefinida sin atención sanitaria lo que sin duda repercutirá en el desarrollo de estos niños y niñas. Fundamental es el razonamiento y la conclusión del párrafo 6.10⁶⁶ en el que el Comité reconoce la violación de Francia del art. 3 del Convenio al no actuar priorizando el interés de los niños como primera consideración de todas las acciones que se tomen ante ellos, recuerda el párrafo 18 de su comentario No. 14 (2013)⁶⁷, que establece que la inacción, el fallo ante la acción o la omisión son también “acciones”. Reconoce que Francia no ha respetado los artículos 3 y 37 (a) al no proteger a los niños ante la amenaza inminente y previsible ante sus vidas, lo que también supone violación del artículo 6 (1).

Sin embargo, el Comité desaprovecha una muy buena oportunidad para no generar más confusión a la cuestión y no reconoce la obligación positiva del Estado francés de repatriar, pero sí su obligación positiva de proteger el derecho a la vida de estos niños y niñas y de no estar sujetos a trato inhumano y

65. Comité de los Derechos del Niño. *Constatations adoptées par le Comité...*, párrafos 6.5 y 6.7.

66. Comité de los Derechos del Niño. *Constatations adoptées par le Comité...*, párrafo 6.10.

67. Nations Unies: *Observation générale No. 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale* (art. 3, par. 1).

violaciones; para esto, el Comité se apoya en que Francia es perfectamente consciente de la situación de amenaza en la que se encuentran los niños y niñas y tiene capacidad de actuación. Esta obligación positiva sobre la protección del niño que establece no viene acompañada de una forma de materializar dicha protección, de hecho es contradictoria a la intervención de la Defensora de Derechos francesa que presentó en julio de 2021 (que se utiliza en la decisión como argumento cuando se trata el fondo de la cuestión, en concreto en el párrafo 4.1) en relación con el fondo de las tres comunicaciones, ya que considera que sólo la organización del retorno de niños con su madre a territorio francés y su cuidado por los servicios competentes, puede asegurar su protección y poner fin a la actual violación de sus derechos fundamentales.

En términos generales, estas conclusiones son muy importantes y suponen un pequeño avance y lo que puede ser la paulatina adopción del enfoque funcional de la extraterritorialidad de los diferentes órganos de decisión, pero sin duda tendrá que ser apoyado por las sentencias del Tribunal sobre esta cuestión y sin duda el Comité tendrá que ser más claro en futuras decisiones y cambiar su postura conservadora, para que no quede evidenciado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es indiscutible, en este momento, que la jurisdicción no solo se aplica en el territorio de un estado, sino que también se extiende “extraterritorialmente” en determinadas circunstancias, en particular cuando el Estado ejerce “control efectivo”, y en la medida en la que el Estado pueda poner fin a la violación por ejercer o rechazar cualquier intervención positiva para proteger y promover los derechos de sus nacionales. La amplia cobertura que ofrece la aplicación del modelo funcional sin duda resulta evidente no solo en este caso sino a la luz de la situación internacional y global de los conflictos y cómo se están desarrollando los mismos; como estos conflictos están provocando movimientos de poblaciones más allá de sus

territorios que una vez acabado el conflicto quedan atrapados en dichos territorios sin ninguna protección.

En la decisión más reciente del Comité, de 7 de octubre de 2022 sobre Finlandia, los familiares de 6 niños y niñas exigen la repatriación de sus sobrinas y nietos que nacieron en territorio sirio bajo el control de Dáesh y cuyos padres fueron acusados de luchar en las filas del grupo terrorista; los familiares además plantean la demanda en representación de otros 33 niños y niñas que permanecen en el mismo campamento y que no tienen acceso a ayuda legal ni pueden enviar una comunicación. En ella, el Comité se reitera utilizando la misma interpretación que en las tres decisiones anteriores sobre Francia (adoptadas en febrero de 2022), reconoce que el gobierno finlandés tiene capacidad para repatriar a los niños y niñas que se encuentran en el campamento, sobre la base de que este gobierno lo ha hecho con éxito y sin manifestar algún problema al menos 26 ocasiones anteriores (párrafo 11.3), y vuelve sobre el hecho de que las Fuerzas Democráticas Sirias han expresado en varias ocasiones y abiertamente su disponibilidad para ayudar en la repatriación de estos niños y niñas además de expresar la imposibilidad de sostener la situación humanitaria actual en estos campamentos. El tercer argumento del Comité sostiene la incuestionable situación deplorable y el riesgo que corre la vida de estos niños y niñas y su conocimiento por parte del gobierno finlandés. Ante esta situación de riesgo inminente, el Comité estima que los Estados francés y finlandés tienen la obligación positiva de proteger a estos menores que son sus nacionales. Habiéndose violado los artículos 6 (1) y 37 de la Convención, el Comité recomienda al estado finlandés que tome con carácter urgente las medidas positivas necesarias para repatriar a los niños y niñas actuando de buena fe, además de apoyar su reintegración en el país y tomar las medidas necesarias mientras la repatriación no se pueda hacer efectiva para mitigar el peligro que corren sus vidas.

La cuestión es que en estas cuatro decisiones vemos una evolución en la interpretación de la aplicación del modelo funcional de extraterritorialidad; en las tres decisiones sobre Francia, el Comité no aclaraba ni definía el concepto “control efectivo”, mientras que en su última decisión sobre Finlandia⁶⁸, el Comité argumenta para defender este control efectivo y la capacidad del país para repatriar a 26 niños más además de la buena comunicación del gobierno finlandés con las SDF, la voluntad de éstas para ayudar en las cuestiones logísticas de repatriación (párrafo 11.3). El Comité además basa sus decisiones para determinar que los Estados sí tienen jurisdicción sobre los niños nacionales en cuyo nombre se presentaron las comunicaciones en “factores imperiosos” que podemos dividir en dos grupos: el primero, las circunstancias de las víctimas (“vulnerabilidad extrema” de los niños y las niñas y las “condiciones deplorables de detención” que supone un riesgo inminente de daño irreparable en la vida de los niños y niñas, su integridad física y mental y su desarrollo); el segundo, “la capacidad y el poder que tiene el Estado para proteger los derechos de los niños en cuestión”, en este grupo podríamos además incluir el hecho demostrado ya en las últimas comunicaciones de la capacidad del Estado de prever y ser consciente (en base a las realidades de los campamentos que han sido denunciadas en innumerables ocasiones por organismos oficiales) de los riesgos que corren estos niños y niñas, además de la responsabilidad de dichos Estados por omisión en la violación de sus derechos.

El Comité ha admitido así a trámite las cuatro solicitudes, con sustanciales diferencias en la forma de argumentar, entre las tres primeras sobre Francia y la cuarta sobre Finlandia. Debemos tener en cuenta que esta última es la más reciente (septiembre de 2022), admitiendo la obligación positiva sobre

68. Decisión Comité Europeo Derechos del Niño: Concerning communication No. 100/2019.

sus nacionales de ambos países (párrafos 6.9 y 11.7) e instando a los estados a que, de manera urgente, tomen las medidas positivas necesarias para repatriar a los niños y niñas que se encuentran en estos campamentos (párrafos 8.c y 13.a). Cabe remarcar la puntualización del Comité en el párrafo 6.10 de las Comunicaciones sobre Francia en las que hace referencia a su comentario No. 14 (párrafo 18), en el que se indica que la inacción u omisión por parte de un Estado es una decisión⁶⁹. De esta remisión se deduce que tal decisión conllevará consecuencias.

Resulta evidente que el Comité no pretende establecer un criterio estándar de jurisdicción a la luz de los resultados de estas cuatro comunicaciones, sino explicar los factores que han influido en estos casos en concreto. Parece que el Comité ha optado porque los hechos y el contexto informen sobre el método de interpretación y cómo se interpretaron las reglas lo que no debería reemplazar a una detallada descripción del criterio que ha seguido. Aunque las consideraciones de los miembros del Comité se centren en resolver de manera urgente la queja presentada, comprender mejor su razonamiento podría haber ayudado a situar el desarrollo en torno a la jurisdicción, y a aumentar la influencia de la jurisprudencia del Comité en el desarrollo jurídico internacional. En cualquier caso, podemos prever que el “contexto” identificado por el Comité será referenciado en otros casos y contextos. Pero sin duda contrasta con el enfoque de algunas de sus contrapartes en el Comité de Derechos Humanos (UNHRC), Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁷⁰, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), que no han abordado la cuestión

69. Decisión Comité Europeo Derechos del Niño: Concerning communication No. 77/2019, 79/2019 and 109/2019.

70. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: Comentario General No. 3.

con casos particulares sino con el desarrollo de Observaciones generales y Opiniones consultivas⁷¹, estas consideran los criterios con mayor perspectiva que cualquier conjunto de hechos. En cualquier caso, el desarrollo ante estos organismos también sugiere un cambio hacia el reconocimiento de las circunstancias en las que la jurisdicción proviene no solo del área, sino también de determinadas circunstancias de los derechos de los individuos en el extranjero. En su Observación General 36⁷² sobre el derecho a la vida, el UNHRC determinó que la jurisdicción se deriva del impacto “directo y razonablemente previsible” en el derecho a la vida (párrafo 22). Asimismo, la declaración conjunta de los Relatores especiales de Naciones Unidas, en su análisis⁷³ específicamente sobre “*Jurisdicción extraterritorial de los Estados sobre los niños y sus tutores en campamentos, prisiones o cualquier otra parte en el norte de la República Árabe Siria*”, sugiere que lo que importa para la aplicabilidad de las obligaciones de un Estado es el “*ámbito de su control sobre el solicitante o sobre algunos de sus derechos*” (párrafo 11).

Podemos prever pese a la falta de concreción del Comité, que las circunstancias que analizan y el contexto serán seguidas por otros órganos. En este sentido encontramos un caso análogo en la transición hacia las presentes decisiones en otro caso muy reciente, *S.S. y otros contra Italia (Appl. No. 21660/18)*, ante la Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR). En dicho caso el Consejo de Derechos Humanos (CDH) presentó observaciones ante la Corte Europea, sosteniendo que Italia tenía la obligación

71. Observación General No. 36, Observación General No. 3 sobre la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, y la Opinión consultiva de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 2017.

72. UNHRC, Observación General No. 36, 2019.

73. UN Special Rapporteurs for the Syrian Arab Republic, Extra-territorial jurisdiction of States over children and their guardians in camps, prisons, or elsewhere in the northern Syrian Arab Republic, 2019.

de proteger la vida de los migrantes náufragos que se ahogaron en el mar Mediterráneo, fuera de sus aguas territoriales. En su decisión por mayoría (hubo 5 desacuerdos), el CDH hizo preguntas que reflejaban los criterios previamente establecidos. Entre otras cosas como si los migrantes estaban “*dentro del poder o control efectivo de ese Estado parte*” (párrafo 7.4, que refleja su Observación general No. 31 párrafo 10) y si “*el riesgo de una violación extraterritorial [era] una consecuencia necesaria y previsible [de la conducta del Estado] juzgada según el conocimiento que el Estado parte había tenido en ese momento*” (párrafo 7.5, que refleja la OG 36). De forma paralela a los casos de la ECHR, las conclusiones de la mayoría basaron la jurisdicción en gran parte en el hecho de que “*en las circunstancias particulares del caso, una relación especial de dependencia se había establecido entre los individuos en el buque en dificultades e Italia*” (párrafo 7.8). También reflejando las Decisiones del Comité, para poder llegar a esta conclusión, el CDH se basa en una combinación de elementos factuales (*por ejemplo*, los contactos entre la embarcación y los equipos de rescate italianos) y jurídicos (*por ejemplo*, la obligación de responder llamadas de socorro establecida por el derecho internacional marítimo).

Hay diferencias, pero también similitudes con este caso, en la medida en que hubo una solicitud de ayuda en ambos, y los estados en cuestión estaban en una posición de proporcionarla, pero no lo hicieron. Se puede decir que las violaciones estuvieron directa y previsiblemente vinculadas con esas decisiones de no brindar apoyo. La decisión del CDH es más explícita que la de la Corte en términos de la relevancia del derecho internacional más amplio, donde las obligaciones adicionales que surgen del derecho marítimo se pueden tener en cuenta en una interpretación global de los tratados de derechos humanos. Se deja claro que, en la opinión de dichos miembros, la prueba de “*impacto directo y previsible*” requería más que

la incapacidad para actuar cuando la oportunidad —o quizás incluso la responsabilidad moral— se presenta. Esto quizá refleja preocupaciones, que probablemente están en el centro de las discusiones actuales en torno a estas decisiones, en cuanto a cuáles son, si las hay, las implicaciones de la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos para los estados que tienen el poder de evitar las violaciones, como suele ser el caso, y que no lo hacen. La cuestión que se plantea a partir de ahora es exactamente cuándo, y según qué criterio, un Estado ejerce control efectivo fuera de su territorio.

Primera y única sentencia hasta la fecha

La última y reciente sentencia contra Francia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (septiembre de 2022)⁷⁴ pese a que sigue siendo conservadora en su enfoque y sigue sin clarificar la responsabilidad de los Estados sobre estos niños y niñas en territorio sirio, sí que abre una puerta a un cambio en las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto, y transita hacia la aplicación del modelo funcional de la de extraterritorialidad en la aplicación de los Derechos Humanos.

Por primera vez (en este contexto) el Tribunal reconoce la violación por parte de un Estado Europeo de los artículos 2 y 3 del Protocolo adicional 4⁷⁵, y obliga al Estado demandado a que vuelva a examinar las solicitudes de entrada en territorio francés, para que garantice las salvaguardias adecuadas contra cualquier arbitrariedad que detecte han podido ocurrir en la respuesta que da el estado francés a los solicitantes. Si bien es cierto que lo interpretamos como un avance deja de nuevo

74. CtHR “Case of H.F. and Others vs. France”, 2022.

75. Protocolo No. 4. Convenio Europeo de Derechos Humanos, (artículos 2 y 3).

muchos cabos sueltos y resulta un arma de doble filo al colocar a estos niños y niñas junto con sus madres en un limbo legal en el que se encuentran desde que llegaron a los campamentos de desplazados. La sentencia concluye que las condiciones de los campamentos no pueden ser atribuidas a la decisión de no repatriar del gobierno francés, y que ni la acción ni la omisión de un estado se debe tener en cuenta para determinar si éste puede o no ser responsable de la violación de derechos de sus nacionales fuera de sus fronteras, algo que, como hemos comentado anteriormente, el Comité citaba como factor a tener en cuenta (párrafo 6.10 de las decisiones 77/79 y 109/2019) contra Francia⁷⁶.

Ante las conclusiones del Tribunal Europeo tenemos que añadir que es evidente que el hecho de que Francia no repatrie a sus nacionales prolonga el sufrimiento y la situación de desamparo de estos niños y niñas. El daño que se les está infringiendo puede ser previsto por Francia a la luz de los numerosos informes de los Relatores Oficiales en Siria y el grupo de trabajo de Naciones Unidas en la República Árabe de Siria, que explican las condiciones deplorables en las que viven en los campamentos de desplazados, teniendo Francia la capacidad de cambiar esta situación con la repatriación. En lo que se refiere a la jurisdicción, el Tribunal añade más confusión a la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, concluyendo que el derecho de entrada al país de origen ha sido violado por Francia no en sustancia, pero sí en el procedimiento; en otras palabras, mientras que no existe obligación de repatriación (según la sentencia), el proceso por el que se tomó la decisión de no repatriar tuvo varios fallos. Además, la cuestión vuelve de esta forma a los órganos nacionales ya que los estados ahora cuentan a partir de esta sentencia con amplios poderes discrecionales para establecer la revisión independiente por parte de un

76. Comunicaciones del Comité: No.77/2019, 79/2019 y 109/2019

organismo capaz de evaluar la legalidad de la decisión, aunque no es necesario que sea una autoridad judicial lo que *per se* no debería considerarse como algo negativo pero que sin embargo, a la luz de los comportamientos estatales y la índole política de esta cuestión, nos hace pensar que volverán a actuar en detrimento de sus nacionales.

En cualquier caso, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos supone un paso hacia la aplicación del modelo funcional, en la medida en la que los argumentos que se utilizan por parte de los demandantes vuelven a ser los utilizados ante el Comité en sus Comunicaciones No. 79/2019, 109/2019 y 77/2019 sobre Francia y la 100/2019 sobre Finlandia, y que sirvieron para que las causas fueran admitidas a trámite. En este sentido, tanto el Comité de los Derechos del Niño con sus comunicaciones como el Tribunal con su sentencia, han reconocido el modelo funcional de jurisdicción extraterritorial sobre los niños nacionales en los campamentos porque, basado en numerosos factores contextuales como los descritos anteriormente, el Estado “tiene la capacidad y el poder para proteger los derechos de los niños en cuestión tomando medidas para repatriarlos o proporcionar otros servicios consulares”⁷⁷. Sin embargo, el Tribunal sigue utilizando la ambigüedad que utilizaba el Comité al indicar en varias ocasiones a lo largo de la argumentación de la sentencia, la posibilidad de obligación positiva de los estados en estos casos (párrafos 250, 251 y 252 entre otros)⁷⁸, y navega en todo momento sobre la idea del conocimiento de la situación extrema que viven estos niños y niñas en los campamentos de desplazados sirios, sin avanzar en el desarrollo de la norma ni utilizar las herramientas de las que consta, para establecer bajo sentencia la obligación positiva

77. CommRC, “L.H. et al vs. France”, 2020, para. 9.7.

78. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, septiembre 2022: Case Of H.F. and Others vs. France.

de los Estados para con sus nacionales. Afortunadamente, existen varias razones de peso para, a través del enfoque funcional, aplicar los Derechos Humanos y los Derechos del Niño ya que todos deberíamos concordar en que el objetivo último del Derecho Internacional, Derechos Humanos y del Derecho Humanitario es que estos derechos y salvaguardas se apliquen al mayor número de personas posible y que cubran cualquier fisura que los sistemas estatales y regionales puedan tener. Por ese motivo no acaba de entenderse por qué el Tribunal ha desaprovechado esta oportunidad para lograr proteger en este caso a aquellos a los que hacía referencia la sentencia (aplicando la perspectiva pro persona de los Derechos Humanos y del Niño) y sentar precedente en este contexto, avanzando así, en adelante, en el desarrollo de la aplicación de la norma. Entendámoslo, pues, como un proceso lento en el que el Tribunal se tendrá que apoyar en los informes de los Relatores, de los grupos de trabajo de Naciones Unidas en Siria y de la presión que se pueda ejercer por parte de los actores no estatales europeos (en este caso).

No se entiende que el Tribunal haya perdido la oportunidad de actuar de acuerdo a derecho ya que, sin lugar a dudas, el Tribunal cuenta con jurisprudencia suficiente para argumentar, en base al modelo funcional de extraterritorialidad, la responsabilidad positiva del Estado francés para la repatriación de estos menores. Podemos empezar indicando que el retorno de estos niños y niñas no sería más que la respuesta integral a una aplicación positiva de las resoluciones del Consejo de Seguridad 2178 (2014) y 2396 (2017) y que se considera en consonancia con los intereses de seguridad a largo plazo de un Estado. Si pensamos más allá de este contexto, los Estados, en su opinión, tienen la obligación positiva de tomar las medidas necesarias y razonables para intervenir a favor de sus nacionales en el extranjero, si hubiere motivos razonables para creer que se enfrentan a un tratamiento en flagrante violación del derecho

internacional de los derechos humanos. Resulta incongruente y *ad hoc* que en este caso los Estados intenten evadir esa responsabilidad, máxime cuando un proceso de retorno efectivo incluye juzgar a las personas responsables de graves violaciones del derecho nacional e internacional por graves y sistemáticos crímenes cometidos en Siria e Irak. Y es, de hecho, la única manera de cerrar la enorme brecha de impunidad para que el sistema judicial inadecuado y disfuncional, tanto en Irak como en Siria, no sea capaz de dar una respuesta.

La jurisprudencia de la que se podría haber valido el Tribunal para realizar una analogía y avanzar es amplia, si se tiene la intención de remitirse a ella. En este sentido, como todos sabemos la jurisdicción de un Estado en virtud del derecho de los derechos humanos es principalmente territorial⁷⁹. Sin embargo, se establece que un Estado también puede tener jurisdicción respecto de los actos que se realicen o que produzcan efectos, fuera de sus fronteras nacionales⁸⁰. Un principio rector cuando consideramos la jurisdicción extraterritorial es la necesidad de

79. *Al-Skeini and Others vs. United Kingdom*, Application No. 55721/07, 7 July 2011, para. 131; *Soering vs. United Kingdom*, Application No. 14038/88, 7 July 1989, para. 86. This analysis draws primarily from jurisprudence of the ECtHR and jurisprudence construing other comparable jurisdiction provisions, in particular Article 2(1) International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR): “Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant.” In relation to UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, the clause “Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction” has been interpreted to also include extra-territorial obligations (see Interim Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UN Doc A/70/303, 7 August 2015, para. 33).

80. *Al-Skeini and Others vs. United Kingdom*, (op. cit.), para. 131.

evitar que un Estado perpetre violaciones en el territorio de otro Estado, que no podría perpetrar por sí solo⁸¹.

En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por ejemplo, la jurisdicción de un Estado fuera de su frontera se establece principalmente sobre la base de (i) el control que el Estado ejerce sobre el territorio (*ratione loci*) o (ii) el control que ejerce el Estado sobre una persona (*ratione personae*)⁸². Los actos (y omisiones) de los Estados en relación con sus nacionales actualmente detenidos en campamentos en la República Árabe Siria septentrional tienen más probabilidades de comprometer su jurisdicción *ratione personae* que *ratione loci*⁸³. En caso de que algún Estado asuma un control territorial o efectivo adicional sobre los campamentos, esa posición puede cambiar y debe mantenerse bajo revisión. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce varias formas en que los Estados pueden asumir jurisdicción extraterritorial, incluidos los casos de detención en el extranjero⁸⁴, uso de la fuerza por parte de agentes estatales en el extranjero⁸⁵, los agentes consulares y diplomáticos que actúen en el exterior⁸⁶, y el ejercicio de las funciones de otras facultades legislativas y administrativas, incluida la expedición de pasaportes⁸⁷.

Cuando un Estado ejerce autoridad y control sobre algunos, pero no todos los derechos de un individuo, el Estado tendrá

81. *Lopez Burgos vs. Uruguay*, Communication No. 052/1979, 29 July 1981, para. 12.3.

82. *Al-Skeini and Others vs. United Kingdom*, (op. cit.), para. 131.

83. Ver, *Drozd and Janousek vs. France and Spain*, Application No. 12747/87, 26 June 1992, para. 91.

84. Ver, *Al-Skeini and Others vs. United Kingdom* (op. cit.).

85. Ver, *Isaak vs. Turkey*, Application No. 44587/98, 28 September 2006; *Andreou vs. Turkey*, Application No. 45653/99, Admissibility Decision, 3 June 2008.

86. Ver párrafo 21.

87. Ver párrafo 27; párrafo 32 sobre pasaportes.

jurisdicción solo sobre aquellos derechos de los cuales tiene control; de esta manera, la Convención de los derechos se puede “dividir y adaptar”. Al evaluar la jurisdicción de un Estado, un tribunal debe, por lo tanto, considerar el alcance del control del Estado para evaluar las obligaciones extraterritoriales sobre las que debe tener suficiente control (en relación con la situación de un niño recluido en los campamentos del norte de la República Árabe Siria, por ejemplo), sobre el derecho del niño a entrar en su propio país para tener jurisdicción con respecto a ese derecho, pero no tener suficiente control sobre su derecho a la propiedad o tener la obligación de garantizar ese derecho mientras permanezca en el campamento. Cuanto más estrecha sea la conexión entre los actos de un Estado y las repercusiones para el individuo, más probable es que se considere que el Estado está ejerciendo jurisdicción. En *Ilaşcu y otros vs. Moldavia y Rusia*, la Corte consideró que “La responsabilidad de un Estado puede [...] ser responsable de actos que tienen repercusiones suficientemente próximas sobre los derechos garantizados por la Convención, aun cuando esas repercusiones se produzcan fuera de su jurisdicción”⁸⁸. Asimismo, en el contexto de las fuerzas armadas que operan fuera del territorio nacional de un Estado, tanto la CIJ como el TEDH reconocen que los actos de un Estado que impactan en los derechos de la Convención de un individuo fuera de ese Estado, pueden caer bajo la jurisdicción de la Convención, aun cuando la persona no se encuentre bajo la custodia del Estado, siempre que las

88. Ver, por ejemplo, *Ilaşcu and Others vs. Moldova and Russia* [GC], No. 48787/99, para. 317. En *Ilaşcu and Others vs. Moldova and Russia*, el Tribunal tuvo que considerar si los detenidos en la región de Transnistria, una región escindida de Moldavia, que había declarado su independencia, pero no obtuvo el reconocimiento internacional, podía considerarse que se encontraba bajo la jurisdicción de Moldavia. El Tribunal sostuvo que, independientemente de la falta de control efectivo de Moldavia sobre el territorio, conservaba obligaciones positivas para tomar las medidas “en su poder” para “asegurar a los solicitantes los derechos garantizados en la Convención”.

violaciones de los derechos se deriven directamente de los actos del Estado⁸⁹.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado en su Observación General No. 36 que un Estado puede ejercer control sobre los derechos de una persona mediante la realización de actividades que la impacten de manera directa y forma razonablemente previsible. En relación con el derecho a la vida, el Comité considera que⁹⁰:

89. Ver, por ejemplo, *Andreou vs. Turkey*, Application No. 45653/99, Admissibility Decision, 3 June 2008, en el que la demandante recibió un disparo de una bala disparada por tropas turcas con base en un área controlada por Turquía, pero mientras ella se encontraba fuera de esa área. El Tribunal determinó que Turquía tenía jurisdicción, indicando que “en circunstancias excepcionales, los actos de los Estados Contratantes que produzcan efectos fuera de su territorio y sobre los cuales no ejerzan ningún control o autoridad, pueden equivaler al ejercicio por ellos de jurisdicción en el sentido del Artículo 1 de la Convención”. Turquía tenía jurisdicción porque sus actos fueron la “causa directa e inmediata” de las lesiones del solicitante. Ver también *Issa & others vs. Turkey*, Solicitud No. 31821/96, Decisión de Admisibilidad, 16 de noviembre de 2004, párr. 71 y Pad c. Turquía, Solicitud No. 60167/00, Decisión de Admisibilidad, 28 de junio de 2007, párr. 54-55. Véase también, *Caso relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, 19 de diciembre de 2005, C.I.J., párr. 216-17. En *Actividades armadas en el territorio del Congo*, el Tribunal interpretó el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y concluyó que las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las de otros instrumentos de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño y los Derechos Africanos Carta de los Derechos de las Personas, debe ser aplicable extraterritorialmente. El Tribunal adoptó un razonamiento similar al que había articulado previamente en la *Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*, donde concluyó que Israel tenía obligaciones en materia de derechos humanos tanto dentro como fuera de su territorio (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, Opinión Consultiva, 2004 CIJ 136, 9 de julio de 2004, párr. 107-08.).

90. Observación general No. 36 (2018) sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el derecho a la vida, CCPR/C/GC/36.

A la luz del artículo 2, párrafo 1, del Pacto, un Estado parte tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos previstos en el artículo 6 de todas las personas que se encuentren en su territorio y todas las personas sujetas a su jurisdicción, es decir, todas las personas sobre cuyo disfrute del derecho a la vida ejerce poder o control efectivo. Esto incluye a las personas ubicadas fuera de cualquier territorio controlado efectivamente por el Estado, cuyo derecho a la vida se ve afectado, no obstante, por sus actividades militares o de otro tipo de manera directa y razonablemente previsible⁹¹.

Por lo tanto, la clave a partir de la cual empezar a construir es que: la responsabilidad de un Estado de proteger puede invocarse extraterritorialmente en circunstancias en las que ese Estado en particular tiene la capacidad de proteger el derecho a la vida contra una amenaza inmediata o previsible amenaza para la vida. El Tribunal en la sentencia contra Francia podría haber utilizado para determinar la responsabilidad positiva de Francia, los criterios firmes a los que se hacía referencia en *Osman vs. The United Kingdom*. La determinación de si los Estados han actuado con la debida diligencia para proteger contra muerte ilícita se basa en una evaluación de: (a) cuánto sabía o debería haber sabido el Estado de los riesgos; (b) los riesgos o la probabilidad de daño previsible; y (c) la gravedad del daño⁹². Veamos ahora algunos de los casos con los que sin duda el Tribunal podría haber establecido una clara analogía en lo que respecta a la jurisdicción extraterritorial en relación a los actos y omisiones del Estado francés (es este caso, pero extrapolable al resto de países europeos que cuentan con nacionales en estos campamentos).

91. Para. 63. Se omiten las notas al pie.

92. *Osman vs. The United Kingdom*, Solicitud No. 23452/94, 28 de octubre de 1998, párr. 32-33.

El TEDH ha reconocido durante mucho tiempo que los actos de los agentes diplomáticos y consulares fuera del Estado territorio puede equivaler a un ejercicio de jurisdicción cuando esos agentes ejercen autoridad y control sobre los demás⁹³. El Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos señala que la lucha contra el terrorismo es directamente consciente del compromiso diplomático/político en curso por parte de un número de Estados con los actores no estatales responsables de la administración de campamentos en el norte de la República Árabe Siria. Si bien esto ocurre fuera del reconocimiento formal de la condición de estas autoridades, apunta a un grado y sustancia de capacidad e influencia en las vidas de aquellos bajo su control que no deben ser ignorados por los tribunales en el contexto de la protección de derechos fundamentales inderogables y derogables⁹⁴.

En el caso de la Comisión Europea de X vs. República Federal de Alemania, el Tribunal concluyó que Alemania tenía jurisdicción sobre el solicitante en relación con los actos realizados por el consulado alemán y sus agentes en Marruecos, explicando que:

93. *Banković and Others vs. Belgium and Others* [GC], Application No. 52207/99, 12 December 2001, at para. 73; *AlSkeini and Others vs. United Kingdom*, (op. cit.) para. 131.

94. En cuanto a la existencia de un derecho de un nacional en el extranjero a la asistencia consular, está bien establecido que un Estado tiene el derecho a ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional. En la práctica estatal contemporánea, también existe apoyo significativo en la legislación nacional y decisiones judiciales para la opinión de que existe una obligación, ya sea bajo derecho nacional o internacional, para que el Estado proteja a sus nacionales en el exterior cuando hayan sido sometidos a graves violaciones de derechos humanos. Véase, por ejemplo, *Kaunda vs. President of the Republic of South Africa*, 2004(10) BCLR 1009 (CC), 2 de agosto de 2004, párr. 29-33, 25-29, 51-66, 60-81 (S. Afr.). En *Kaunda*, el Tribunal resolvió que varios tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Gobierno de Sudáfrica, incluido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, obligaban a los gobiernos a hacer uso de los recursos previstos en los instrumentos internacionales cuando los derechos contenidos habían sido violados o amenazados. Párrafo 169.

“en ciertos aspectos, los nacionales de un Estado Contratante están dentro de su ‘jurisdicción’ aun cuando esté domiciliado o residente en el extranjero [...] en particular, el diplomático y el representante consular de su país de origen realizan ciertas funciones con respecto a ellos que, en determinadas circunstancias, puede hacer que ese país sea responsable con respecto a la Convención”⁹⁵.

Esto se aplica tanto a los actos como a las omisiones de los agentes consulares. En *Chipre vs. Turquía*, el Tribunal reconoció que:

los agentes autorizados de un Estado, incluidos los agentes diplomáticos o consulares y las fuerzas armadas, no sólo deben permanecer bajo su jurisdicción cuando se encuentre en el extranjero, sino también traer cualquier otra persona o propiedad “dentro de la jurisdicción” de ese Estado, en la medida en que ejerzan autoridad sobre tal persona o bienes. En la medida en que, por sus actos u omisiones, afecten a tales personas o propiedad, se compromete la responsabilidad del Estado⁹⁶.

En *X vs. United Kingdom*, una ciudadana británica que vivía en el Reino Unido, cuya hija había sido llevada a Jordania por su padre, se quejó de que las autoridades consulares británicas en Jordania no estaban haciendo lo suficiente para restaurar la custodia de la niña. El Tribunal acordó que las supuestas omisiones de las autoridades consulares británicas en Jordania, provocaban la aplicación del artículo 1, a pesar de que estaban fuera del territorio del Reino Unido⁹⁷.

95. *X vs. Alemania*, Demanda No. 1611/62, Decisión de la Comisión, 25 de septiembre de 1965, Anuario 8, p. 158, en p. 168.

96. *Chipre vs. Turquía*, Demanda No. 6780/74 y 6950/75, 26 mayo 1975, p. 136.

97. *X vs. Reino Unido*, núm. 7547/76, Decisión de la Comisión, 15 de diciembre de 1977, DR 12, p. 73.

Las quejas del solicitante se dirigen principalmente contra las autoridades consulares británicas en Jordania. Está claro, al respecto, de la jurisprudencia constante de la Comisión que los agentes autorizados de un Estado, incluidos los agentes diplomáticos o consulares, traigan otras personas o bienes dentro de la jurisdicción de ese Estado en la medida en que ejerzan autoridad sobre tales personas o bienes. En la medida en que afecten a tales personas o bienes por sus actos u omisiones, se compromete la responsabilidad del Estado (cf. aplicaciones No. 1611/62, Anuario 8, pág. 158 (168); Nos. 6780/74, 6950/75, Chipre c. Turquía, Decisiones e Informes 2, pág. 125 11371). Por lo tanto, en el presente caso el Tribunal está satisfecho de que a pesar de que la supuesta omisión de las autoridades consulares de hacer todo lo posible para ayudar al solicitante ocurrió fuera del territorio del Reino Unido, todavía estaba “dentro de jurisdicción” en el sentido del artículo I de la Convención.

De manera similar, en *M vs. Dinamarca*, un caso presentado por un nacional alemán contra Dinamarca, que surge de la conducta del embajador danés hacia el solicitante en la Embajada danesa en la antigua República Democrática Alemana, el Tribunal llegó a la conclusión de que el solicitante estaba bajo el control de la jurisdicción danesa debido a las actividades del embajador, a pesar de no estar en territorio danés⁹⁸. Por lo tanto, podemos decir que en la medida en que un Estado esté realizando actividades consulares —o no las realice— con respecto a personas en los campamentos en el norte de la República Árabe Siria, esas personas pueden estar bajo la jurisdicción del Estado en relación con los derechos afectados por la conducta estatal.

Además, el TEDH también ha reconocido que, en algunas circunstancias, la jurisdicción puede provenir que un Estado ejerza la autoridad y control sobre una persona a través de la aplicación de la ley o poderes legislativos que produzca efectos en un estado diferente, con el consentimiento de ese segundo

98. *M vs. Dinamarca*, Demanda No. 17392/90, 14 de octubre de 1992.

estado⁹⁹. Continuamos con sentencias, en este caso en base al artículo 5 en las que se responde a obligaciones de los Estados para con sus nacionales pese a no encontrarse en territorio nacional y basándonos en la capacidad del Estado para que se dejen de violar los derechos de sus nacionales. En *Stephens vs. Malta*¹⁰⁰, el Tribunal determinó que Malta tenía jurisdicción en relación con los derechos del artículo 5 para un nacional del Reino Unido que fue detenido en España en virtud de una solicitud de extradición defectuosa realizada por Malta a España. A pesar de que el solicitante se encontraba físicamente bajo la autoridad y control de España durante el período de su detención, el Tribunal consideró que “la privación de libertad del demandante tenía su único origen en las medidas adoptadas exclusivamente por las autoridades maltesas” y que “en consecuencia, el acto denunciado por el señor Stephens, instigado por Malta sobre la base de su propio derecho interno y seguido por España en respuesta a sus obligaciones convencionales, debía atribuirse a Malta sin perjuicio de que el hecho haya sido ejecutado en España”¹⁰¹. Análogamente, cuando un Estado inicia un proceso penal contra una persona que no se encuentra en ese Estado, el estado tendrá jurisdicción sobre la persona en relación con esos

99. Véase, *Association Pour la Sauvegarde de la Paix au Burundi vs. Tanzania, Kenya, Uganda, Rwanda, Zaire and Zambia*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación No. 157/96, 29 de mayo de 2003, que consideró un embargo impuesto a Burundi por Tanzania, Kenia, Uganda, Ruanda, Zaire, Etiopía y Zambia. La Comisión finalmente concluyó que no había habido una violación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; sin embargo, procedió sobre la base de que los Estados tenían deberes extraterritoriales, razonando que no hubo violación porque el embargo era proporcionado: “[l]a cuestión crítica y que puede afectar la legitimidad de la acción es si la acción determinada es excesiva y desproporcionada, indiscriminada y persigue fines más allá del fin legítimo” (párr. 75). En este caso no hubo consentimiento del Estado a la medida, por lo que la proporcionalidad fue el criterio que fue tenido en cuenta.

100. *Stephens vs. Malta* (No. 1), Demanda No. 11956/07, 21 de abril de 2009.

101. *Stephens vs. Malta* (No. 1), (op. cit.), párr. 51-52.

procesos, a pesar de que no estén presentes físicamente en el territorio. Por lo tanto, un Estado Contratante tiene jurisdicción sobre los derechos del Artículo 6 de una persona sujeta a juicio *en rebeldía*, independientemente de que esté físicamente presente en el estado¹⁰².

En cuanto a la legislación interna de un Estado que tenga efectos fuera de las fronteras nacionales del Estado, en *X. y Y. vs. Suiza* 37, el Tribunal concluyó que a un ciudadano alemán se le impidió entrar en Lichtenstein (en un momento que no era parte del CEDH) por la ley suiza, podría presentar una demanda contra Suiza por violaciones de sus derechos en virtud de la Convención (artículos 3 y 8) causadas por la negativa a ingresar: “Los actos de las autoridades suizas con efecto en Liechtenstein someten a todos aquellos a quienes se aplican jurisdicción suiza en el sentido del artículo 1 de la Convención”¹⁰³.

El Comité de Derechos Humanos ha adoptado un razonamiento similar en *Ibrahima Gueye y otros vs. Francia*, que se refería al pago insuficiente de soldados senegaleses retirados en Senegal por parte del Estado francés. El Comité resolvió que Francia tenía jurisdicción, a pesar de que los soldados no estaban dentro del territorio francés, porque su derecho a una pensión deriva de la ley francesa.

El Comité de Derechos Humanos también ha considerado de manera consistente que los estados tienen jurisdicción sobre sus nacionales residentes en el extranjero en relación con

102. Véase, por ejemplo, *Sejdovic vs. Italy*, Demanda No. 56581/00, 1 de marzo de 2006, en la que un nacional de la ex República Federal de Yugoslavia fue juzgado en Italia en rebeldía, habiéndose fugado a Alemania. El Tribunal no cuestionó que el solicitante tuviera derecho a las protecciones del Artículo 6, a pesar de que se encontraba fuera del territorio de Italia.

103. *X. y Y. vs. Suiza*, Demandas No. 7289/75 y 7349/76, 14 Julio 1977, Decisión de admisibilidad, at p.73.

el ejercicio por parte del Estado de la facultad de expedir un pasaporte. En *Martins contra Uruguay*¹⁰⁴, las autoridades uruguayas se negaron a expedir un pasaporte a un nacional uruguayo residente fuera de Uruguay y el Comité de Derechos Humanos resolvió que el solicitante estaba dentro Jurisdicción de Uruguay: “El artículo 1 del Protocolo Facultativo se aplica a las personas sujetas a la jurisdicción del Estado de que se trate que afirmen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de las disposiciones del Pacto de derechos. La emisión de un pasaporte a un ciudadano uruguayo es claramente un asunto dentro de la jurisdicción de las autoridades uruguayas y está “sujeto a la jurisdicción” de Uruguay para ese fin”¹⁰⁵.

En la medida en que un Estado afecte directamente los derechos de un individuo en los campamentos, por ejemplo, a través de la aplicación de la ley, o la emisión o denegación de documentos de identificación, o dar su consentimiento y capacidad al permitir que el personal médico determine la filiación, ese individuo puede caer bajo la jurisdicción del Estado en relación con los derechos afectados por la conducta estatal.

Los relatores especiales señalan que los Estados son los más indicados para garantizar la protección de derechos humanos de los niños y sus tutores en campamentos en el norte de la República Árabe Siria. En ausencia de su compromiso y la aceptación de la responsabilidad legal, los niños se enfrentan

104. *Vidal Martins vs. Uruguay*, Comunicación No. 57/1979, 23 de marzo de 1982, párr. 7.

105. El Comité continuó: “Además, un pasaporte es un medio que le permite ‘salir de cualquier país, incluido su propio’, como lo requiere el artículo 12(2) del Pacto. Por lo tanto, de la naturaleza misma del derecho se sigue que, en el caso de un ciudadano residente en el extranjero impone obligaciones tanto al Estado de residencia como al Estado de nacionalidad. En consecuencia, el artículo 2(1) del Pacto no puede interpretarse en el sentido de que limita las obligaciones del Uruguay en virtud del artículo 12 (2) a ciudadanos dentro de su propio territorio” (párr. 7).

a la muerte, hambre y daño físico y emocional extremo, al igual que sus madres. En este contexto, señalan que en las circunstancias muy específicas de estos campamentos en el norte de la República Árabe Siria es innegable que el Estado de nacionalidad de los ciudadanos tiene el único derecho legal defendible para proteger sus ciudadanos, y la capacidad de materializar dichas reivindicaciones. Los relatores especiales también subrayan como hemos indicado en varias ocasiones, que las autoridades kurdas relevantes han dejado clara su voluntad y capacidad para brindar el apoyo logístico y organizar las repatriaciones hacia los Estados. así como su incapacidad para gestionar la catástrofe humanitaria a la que se enfrentan, un hecho que se demuestra mediante múltiples procesos de devolución que se han llevado a cabo con éxito¹⁰⁶.

Ante estos ejemplos de jurisprudencia podemos afirmar que los Estados que tienen control de facto sobre los derechos humanos de los niños y sus tutores en campamentos en el norte de la República Árabe Siria tienen obligaciones positivas para prevenir violaciones de esos derechos, y que si un Estado tiene tal control es una cuestión de hecho.

En este sentido y en el caso que nos ocupa, los factores relevantes sean probablemente 1) la proximidad entre los actos del Estado y la supuesta violación; 2) el grado y alcance de la cooperación, el compromiso y las comunicaciones con las autoridades de detención de niños y sus tutores y la medida en que el Estado de origen puede poner fin a la vulneración de los derechos de la persona mediante el ejercicio o la denegación de

106. <https://www.urdupoint.com/en/world/romania-returns-15-nationals-from-syria-via-t-686284.html>;
<https://www.arabnews.com/node/1545586/middle-east>;
<https://www.reuters.com/article/us-germany-syria/germany-takes-back-four-is-lamic-state-children-from-syria-idUSKCN1VA0UY>. Tomando nota también de la aplicabilidad del Protocolo 4.

intervenciones para proteger y promover los derechos de sus nacionales; y, 3) la medida en que otro actor estatal o no estatal tiene control sobre los derechos. Por lo tanto, la responsabilidad de un Estado de proteger puede invocarse extraterritorialmente en circunstancias en las que ese Estado en particular tiene la capacidad de proteger el derecho a la vida contra una amenaza inmediata o previsible amenaza para la vida. La determinación de si los Estados han actuado con la debida diligencia para proteger contra muerte ilícita se basa en una evaluación de: (a) cuánto sabía o debería haber sabido el Estado de los riesgos; (b) los riesgos o la probabilidad de daño previsible; y (c) la gravedad del daño. Una evaluación que esperamos poder ver reflejada en futuras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto.

Basándonos en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 2 del Convenio sobre Derechos del Niño, debemos ser muy cuidadosos cuando nos referimos al derecho de no discriminación ya que, huelga decir, que la obligación de proteger el derecho a la vida, no debe estar sujeta a discriminación, incluso por motivos de religión u opiniones políticas o de otro tipo. El Comité de Derechos Humanos ha entendido que el término “discriminación” implica cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en cualquier motivo, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, y que tenga por objeto o efecto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio por todas las personas, en pie de igualdad, de todos los derechos y libertades¹⁰⁷. Sin embargo algunas voces, han argumentado que de esta forma se utiliza la nacionalidad como un criterio discriminador con respecto al resto de niños y

107. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18: No discriminación, 10 de noviembre de 1989, párr. 7.

niñas que se encuentran en estos campamentos de desplazados internos en el noreste de Siria¹⁰⁸, algo que los detractores del enfoque funcional sin duda no argumentan con solidez puesto que de ninguna manera en el contexto que nos ocupa podemos decir que debido a la nacionalidad, las autoridades kurdas están (de facto) dispuestas a permitir que Francia repatrie a sus niños nacionales. De modo que la nacionalidad es un hecho, no una condición jurídica. El Comité en sus comunicaciones afirma al igual que el Tribunal en su sentencia, que las autoridades kurdas no han condicionado permitir que otros estados ayuden sobre la base de la nacionalidad, eso es solo un hecho. Si Francia tiene derecho a proteger a sus nacionales ha parecido adquirir un segundo plano, lo que coloca la decisión fáctica crítica con las autoridades kurdas en tan solo esperar y permitir que Francia intervenga. Por lo que con este enfoque del Comité y del Tribunal se intenta resolver un vacío legal real que existe en este contexto y que se podría extrapolar a otros casos similares, se aplica para los Estados la máxima de “si puedes, entonces debes”. Esto contrasta con un enfoque más arriesgado y fiel a la ley, que se centre en el derecho de Francia a proteger a sus nacionales, no solo en su capacidad de hecho para hacerlo. En ese análisis diríamos que “si puedes y tienes derecho a hacerlo, entonces debes hacerlo” y sin duda es el enfoque que se hubiera esperado del Tribunal en sus sentencias contra Francia. La pregunta para este tipo de argumentaciones sigue siendo ¿cuál es la alternativa? De acuerdo con los otros modelos (incluida la sugerencia que Milanovic realiza en su artículo¹⁰⁹), Francia no tiene la obligación de repatriar. Si bien su preocupación es clara, la ley de derechos humanos, a diferencia de los derechos

108. Milanovic, Marco, 2020: <https://www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/>

109. Milanovic, Marco, 2022, párrafo 10: <https://www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/>

humanos como concepto general, todavía se centra en el Estado lo que limita su alcance en la protección de los derechos humanos y los derechos de los niños.

Es aquí donde aparece otro argumento en este caso, un principio sobre el que desde este trabajo se defiende la aplicación del modelo funcional, un principio del que se deriva la interpretación de la norma de quien la interpreta y aplica, de la fuente jurídica más beneficiosa para quien ha sufrido una vulneración a uno o más derechos, o no los tiene garantizados debidamente¹¹⁰. La interpretación *pro persona* (derivada del principio *pro persona*), implica realizar de cada norma específica el razonamiento que otorgue el alcance más amplio cuando se trata de reconocer derechos, o el más estricto cuando haya que aplicar una limitación o restricción. Esto supone que debe reconocerse el mayor alcance posible en su contenido, y entender de manera restrictiva las limitaciones o suspensiones temporales de derechos¹¹¹. Ya en el caso *Tyrer vs. Reino Unido*¹¹² el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicaba que: “... La Corte también reitera que la Convención y sus Protocolos adicionales deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales...”.

Dejando de esta forma bastante claro desde su jurisprudencia más temprana que los instrumentos que aplica se tienen que interpretar como disposiciones vivas y conforme a las circunstancias sociales al momento de la toma de la decisión, y no de acuerdo al alcance que poseían cuando estos fueron

110. Salvioli, Fabián. *Introducción a los Derechos Humanos: conceptos, características, obligaciones del Estado, y criterios de interpretación jurídica*, 2020. Pág. 444.

111. Salvioli, Fabián. *Introducción a los Derechos Humanos...* Pág. 444.

112. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Tyrer vs. Reino Unido*, párr. 31; sentencia de 25 de abril de 1978.

creados¹¹³, algo que resulta evidente con la aplicación del modelo funcional. Ni el modelo espacial, ni el modelo personal cumplen en el caso que nos ocupa la función de defender los derechos de los menores europeos, y ante el vacío existente resulta evidente que la interpretación funcional debería ser hacia donde navegue la jurisprudencia del Tribunal Europeo a la luz de la evolución social que esta nueva forma de conflictos está produciendo a pasos agigantados. No solo hablamos en este caso de evolución social sino también del desarrollo y las distintas dimensiones que los conflictos armados están adquiriendo a nuevas realidades, la reacción natural debería ser interpretaciones dinámicas y progresivas, ya que esta es la única manera de que sean las propias interpretaciones las que analicen al detalle los conceptos jurídicos y marquen el rumbo de sus instituciones y órganos, debiendo ampliar estos conceptos a la par que evolucionan las necesidades de garantía de derechos para las sociedades o colectivos que en ellas habitan, esto es, el caso que nos ocupa se desmarca por completo de las situaciones de post conflicto tradicionales y va más allá de las limitaciones a la aplicación de los derechos humanos que plantean los modelos espaciales y personales.

A juicio de este trabajo la defensa de la aplicación del modelo funcional se fundamenta además en otros tres principios fundamentales que el profesor Salvioli ha explicado a la perfección a lo largo de su dilatada carrera. Nos referimos ya no solo al principio *pro persona* y la interpretación *pro persona*, sino el principio de buena fe y la interpretación progresiva de la norma. Y veremos en las siguientes páginas como estos principios fundamentales de los postulados son los que deberían sostener las bases de los derechos humanos y, en este caso, los derechos de los niños y niñas europeos en los campos de desplazados internos en el noreste de Siria.

113. Salvioli, Fabián. *Introducción a los Derechos Humanos...* Pág. 435.

Seguiremos en este caso con el principio de buena fe que debería entenderse como una norma de conducta, el comportamiento para dar cumplimiento adecuado a las obligaciones jurídicas asumidas. Además queda claro que debe ser la regla por la que los órganos nacionales e internacionales deben regir su comportamiento profesional en los casos de derechos humanos que tengan que resolver, siendo así una herramienta muy propia del derecho internacional. Este principio indica que la dogmática de los derechos humanos no puede interpretarse *a la carta* o de manera individual por un Estado como lo ha hecho Francia en el caso que nos ocupa. Como indica el profesor Salvioli, los órganos internacionales no han sabido potenciar este principio y más bien se han limitado a indicar una vez, que era evidente que tal Estado había faltado a él cuando, por ejemplo, no había cumplido con las medidas cautelares por las que se le indicaba no ejecutar la pena de muerte de una persona que había elevado el asunto al órgano en cuestión¹¹⁴. Y este ha seguido siendo el comportamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la sentencia contra Francia. Los órganos internacionales deben ir más allá, deben dotar de contenido este principio (en esta línea irá también la interpretación progresiva de la norma en la que se enmarca el modelo espacial), con el cumplimiento de las obligaciones a las que cada estado se compromete al ratificar un instrumento de respeto a los derechos humanos. De lo contrario el derecho pierde fuerza y razón de ser.

La buena fe debería ser por lo tanto una herramienta poderosa bajo la cual se valore adecuadamente la conducta estatal y cuando decimos “adecuadamente”, nos referimos a que este principio es perfectamente medible. Se puede evaluar si el Estado ha actuado o no de buena fe, por ejemplo, si ha habido demoras innecesarias que aplican según qué casos, por lo ágil o no que sea en la aportación de la documentación

114. Salvioli, Fabián. *Introducción a los Derechos Humanos...* Pág. 446.

solicitada, la respuesta que le da al solicitante y una larga lista que hace que de manera tangible y adecuada se pueda evaluar el comportamiento estatal frente a las obligaciones que en su día adquirió con la ratificación de instrumentos internacionales para la defensa de los derechos humanos y de los niños. En este caso la falta de explicaciones e incoherencias en las respuestas del Estado francés a los solicitantes es bastante larga. Como se explica en la sentencia en varias ocasiones, Francia desoyó las solicitudes de los solicitantes para que atendiese su caso, no dando una negativa por respuesta sino directamente no contestando, lo que podría entenderse como una actuación contraria a la buena fe. De la misma forma, que el hecho de que la sentencia no condene la actuación de Francia al provocar con ella que los niños y niñas sigan en territorio sirio, prolongando así su sufrimiento de manera activa, resulta contrario tanto al principio como a la interpretación *pro persona* ya que el Tribunal aquí no busca el mayor alcance en la tutela de los derechos humanos. Claramente, el Tribunal no ha aplicado este principio.

El cuarto punto que nos ocupa es el de la interpretación progresiva, como piedra también angular de la aplicación misma de los derechos humanos, en este caso la aplicación del modelo funcional. Recordemos que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* se crea tras la Segunda Guerra Mundial para evitar que volviera a ocurrir una masacre similar a la que aconteció en todo el mundo, y como se espera que el derecho internacional llegue donde no llega el derecho estatal o cualquier otro derecho con la idea de que a través de su interpretación se puedan cubrir todos los posibles vacíos a la hora de proteger los derechos humanos. Siendo así, no cabe otra interpretación de los Derechos Humanos que se aleje de la progresiva, ya que tiene en cuenta la dinámica de la conducta social y la apreciación de los valores protegidos

por los convenios¹¹⁵, la progresividad se vincula directamente con la interpretación evolutiva de las disposiciones jurídicas. De esta forma, los órganos internacionales reconocen un mayor y mejor contenido de los derechos establecidos. Un buen ejemplo de esto es el reconocimiento que la Corte Internacional Interamericana realiza sobre la asistencia consular dentro de las garantías judiciales contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De hecho, en muchas ocasiones la interpretación de los órganos aplicando el criterio de progresividad termina generando el posterior desarrollo progresivo a nivel normativo, como sucedió con el derecho a la verdad. A la luz de estos cuatro principios en los que nos basamos como garantes de la protección de los derechos del niño (en una visión más general en la de los Derechos Humanos), y en aplicación de los mismos en la situación de los niños y niñas europeas en territorio sirio, vemos como en el caso que nos ocupa, no se cumplen.

Además de estos cuatro “principios” a la hora de aplicar los derechos humanos y de los niños, contamos además con otros cuatro criterios que indicaban las Relatorías Especiales de Naciones Unidas¹¹⁶ en el marco de la aplicación del modelo funcional dentro de la jurisdicción extraterritorial (y que podrían servir de punto de partida mientras este modelo evoluciona) para comprobar que en este caso, el control *de facto* de los Estados sobre estos niños y niñas se cumplen de manera más que clara en el caso que nos ocupa: 1) proximidad del Estado con respecto a la supuesta violación; 2) el grado y alcance de la cooperación, el compromiso y las comunicaciones con las

115. Salvioli, Fabián. *Introducción a los Derechos Humanos...* Pág. 448.

116. The Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis”, 2020, para. 36.

autoridades que detienen a niños y sus tutores; 3) la medida en que el Estado de origen puede poner fin a la violación de los derechos de la persona por ejercer o rechazar cualquier intervención positiva para proteger y promover la derechos de sus nacionales; y, 4) la medida en que otro Estado o actor no estatal tiene control sobre el derecho.

Para demostrar esto vemos que hay como tal, múltiples formas en las que se puede argumentar que los Estados europeos tienen jurisdicción sobre sus niños y niñas nacionales en los campamentos sobre la base del modelo funcional, ejerciendo control sobre sus derechos. En primer lugar, algunos Estados tienen presencia en los campamentos a través de su personal diplomático, militar y de inteligencia y tienen un grado de control sobre sus nacionales allí¹¹⁷. Como los dos Relatores han subrayado, si bien esto ocurre fuera del reconocimiento formal del estatus de las autoridades que gestionan los campamentos, este compromiso señala “un grado y sustancia de la capacidad e influencia en las vidas de aquellos bajo su control que no debe ser ignorado”¹¹⁸. Para hacer efectivos los derechos de la Convención, no ha permitido a los Estados basarse en argumentos formalistas sobre la falta de relaciones diplomáticas para evitar sus obligaciones en virtud del derecho a la vida, cuando en realidad la cooperación era posible.

En segundo lugar, las autoridades estatales están ejerciendo poderes públicos al decidir si repatriar o a quién repatriar de

117. ECtHR, *Güzelyurtlu and others vs. Cyprus and Turkey*. Application No. 36925/07, 29 January 2019, para. 244.

118. El Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo y el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis”, 2020, para. 21; RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria,” 2020, para. 84.

los campamentos, lo que afecta los derechos de los niños de “manera directa y razonablemente previsible”¹¹⁹. Los Estados europeos no pueden argumentar convincentemente que no son conscientes de la riesgos y violaciones de derechos humanos a los que están expuestos los niños en los campamentos y de los daños probables, previsibles y graves a los que están expuestos los niños si permanecen en los campamentos, considerando la gran cantidad de niños que han muerto en los campamentos.

En tercer lugar, los niños son nacionales de los Estados europeos que necesitan la protección de sus Estados de nacionalidad, que tienen la capacidad y la obligación de proporcionar la documentación de viaje necesaria. Desde una perspectiva de su capacidad funcional, está dentro del poder material de los Estados europeos repatriar a sus nacionales de los campamentos; algunos ya lo han hecho. En concreto, sobre la base de los principios de la cooperación internacional, los Estados que tienen dificultades para repatriar a sus niños y niñas, pueden hacerlo a través de un tercer Estado, como ha sucedido en al menos un caso¹²⁰, ya que las SDF están dispuestas a cooperar con los Estados europeos para repatriar a sus nacionales como ya lo han hecho en algunas ocasiones.

La situación de hecho, junto con la capacidad de los Estados europeos para proteger a sus niños y niñas nacionales en los campamentos, da lugar a una obligación positiva para prevenir graves violaciones a los derechos humanos. En particular, en dos

119. See: HRCComm, “General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the ICCPR”, CCPR/C/G/36, 30 October 2018, para. 63; Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis,” 2020, para. 15.

120. With the support of France, the Netherlands repatriated two Dutch children in June 2019, see: Reuters, “French, Dutch Islamic State Orphans Repatriated from Syria”, 10 June 2019.

casos contra Francia, el Comité de los Derechos de los Niños (CommRC) ha reconocido tal modelo funcional de jurisdicción extraterritorial sobre los niños nacionales en los campamentos porque, basado en numerosos factores contextuales como los descritos anteriormente, el Estado “tiene la capacidad y el poder para proteger los derechos de los niños en cuestión, tomando medidas para repatriarlos o proporcionar otros servicios consulares”¹²¹.

Dado que nos estamos centrando en la repatriación de niños nacionales europeos, el principio de “interés superior del niño” es de crucial importancia en la elaboración de argumentos jurídicos.

Debido a las vulnerabilidades particulares de los niños, incluida la dependencia, madurez, estatus legal y, a menudo, falta de espacios donde se escuche su voz¹²², el derecho internacional exige que el interés superior del niño sea una consideración primordial en acciones y decisiones (incluida la inacción y la falta de acción)¹²³ que afectan directa o indirectamente a los niños¹²⁴. Esto cubre las acciones emprendidas por tribunales de justicia, autoridades administrativas u órganos legislativos¹²⁵, incluidas acciones relativas a la repatriación de niños.

El interés superior del niño es un principio fundamental en la protección de los derechos del niño y es una de las disposiciones

121. CommRC, “*L.H. et al v. France*”, 2020, para. 9.7. See: Marko Milanovic, “*Repatriating Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights*,” EIJL Talk!, 10 November 2020.

122. CommRC, “*General Comment No. 14 (2013) on the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as Primary Consideration (Article 3, para. 1)*”, 29 May 2013, CRC/C/GC/1, Article 37.

123. Most states have domesticated and some constitutionalized the “best interests of the child” principle.

124. CommRC, “*General Comment No. 14 (2013)*”, para. 18.

125. Ibid, para. 19.

fundamentales de la CDN¹²⁶. Como define el CommRC, “el interés superior del niño” es un concepto triple: es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una regla de procedimiento¹²⁷. Por lo que la evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales¹²⁸, los Estados deben por lo tanto explicar qué criterios han utilizado y cómo se ha sopesado el interés superior del niño frente a otras consideraciones¹²⁹.

El CommRC subraya que, al evaluar y determinar el interés superior, se deben tener en cuenta varios elementos clave¹³⁰. En primer lugar, la evaluación del interés superior del niño debe incluir el respeto por el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que les afecten, tanto en procedimientos judiciales y administrativos¹³¹, como en el contexto de separación de los padres, niños y niñas no acompañados, solicitantes de asilo y niños refugiados, víctimas de conflictos armados y otras emergencias, y decisiones sobre protección¹³². No hay límite de edad para que el niño o la niña expresen sus puntos de vista (como derecho) y se desaconseja a los Estados que “introduzcan la edad límite en la ley o en la práctica ya que restringirían el

126. CRC, Article 3(1).

127. CommRC, “*General Comment No. 14 (2013)*”, para. 6.

128. Ibid, para. 6 (c).

129. Ibid.

130. Como se indica en CommRC, “*Observación general No. 14 (2013)*”, párr. 52-79, los elementos clave que deben ser se tienen en cuenta: las opiniones del niño; la identidad del niño, incluido el origen nacional; la conservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; el cuidado, protección y seguridad del niño; la situación de vulnerabilidad; el derecho del niño a la salud; y el derecho del niño a la educación.

131. CRC, Article 12; CommRC, “*General Comment No. 14 (2013)*”, para. 43-45; CommRC, “*General Comment No. 12 (2009): The Right of the Child to Be Heard*”, CRC/C/GC/12, 20 July 2009, para. 32.

132. CommRC, “*General Comment No. 12 (2009)*”, para. 32.

derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan¹³³, siendo necesario el conocimiento de todos los aspectos del asunto que les afecta¹³⁴. Lo que hace además necesario que el niño tenga la comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente sus propios puntos de vista sobre el asunto¹³⁵. Al evaluar y determinar el interés superior de los niños en los campamentos, parece que los Estados europeos han fallado por completo al no tener en cuenta esos puntos de vista de los niños y niñas.

En segundo lugar, según el CommRC, para las decisiones colectivas, el concepto del interés superior del niño debe evaluarse y determinarse a la luz de las circunstancias del grupo particular de niños¹³⁶. Por lo tanto, además de características individuales de los niños en cuestión¹³⁷, los Estados también deben tomar en consideración la extrema vulnerabilidad de los niños arbitrariamente detenidos en los campamentos, y los muchos roles que los niños asociados a “combatientes extranjeros” pueden haber asumido, aunque reconoce que esos

133. Ibid, para. 21; See, for example: CommRC, “C.E. vs. Belgium”, CRC/C/79/D/12/2017, 27 September 2018, para. 8.6-8.9.

134. CommRC, “General Comment No. 12 (2009)”, para. 21; See also: CommRC, “C.E. vs. Belgium”, 2018, para. 8.6-8.9.

135. Ibid.

136. CommRC, “General Comment No. 14 (2013)”, Article 32.

137. Tales como, entre otros, edad, sexo, nivel de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, tener una discapacidad física, sensorial o intelectual, así como el contexto social y cultural en el que se encuentra el o los niños, como la presencia o ausencia de los padres, si el niño vive con ellos, calidad de las relaciones entre el niño y su familia o cuidadores, el entorno en relación con la seguridad, la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, familia extensa o cuidadores, etc. Véase: CommRC, “Observación general No. 14 (2013)”, párr. 48.

niños pueden ser víctimas del terrorismo¹³⁸ o de la trata¹³⁹ y el impacto del terrorismo¹⁴⁰.

En tercer lugar, al determinar y evaluar el interés superior del niño, el CommRC señala que se debe prestar especial atención a las salvaguardas clave y garantías. Estos incluyen la percepción del tiempo de los niños y cómo los retrasos en la toma de decisiones afectan negativamente a los niños a medida que maduran¹⁴¹. Así, los procedimientos que afecten a los niños deben priorizarse y completarse en el menor tiempo posible¹⁴² y las necesidades de los niños deben ser evaluadas por profesionales con experiencia en temas relacionados con la niñez y la adolescencia¹⁴³. Los Estados europeos parecen no haber tenido en cuenta en absoluto la percepción del tiempo de los niños en los campamentos en el noreste de Siria, ya que las repatriaciones caso por caso son procedimientos prolongados que, a su vez, prolongan la vulneración de los derechos de los niños.

Cuarto, si el interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, entra en conflicto con intereses o derechos de

138. Anexo de la carta de fecha 28 de diciembre de 2018 del presidente del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1373 (2001) relativa a la lucha contra el terrorismo dirigida al presidente del Consejo de Seguridad, “Adenda de 2018 a los Principios Rectores de Madrid de 2015”, S/2018/1177, Principio 7 (b).

139. Reprieve, “Trafficked to Syria: British Families Detained in Syria after Being Trafficked to Islamic State”, April 2021.

140. Anexo de la carta de fecha 28 de diciembre de 2018 del Presidente del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1373 (2001) relativa a la lucha contra el terrorismo dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad, “Adenda de 2018 a los Principios Rectores de Madrid de 2015”, S/2018/1177, Principio 7 (c).

141. CommRC, “General Comment No. 14 (2013)”, para. 93.

142. Ibid.

143. Ibid, para 94-95.

otras personas o del público en general, como intereses de seguridad pública, los responsables de la toma de decisiones tienen que analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que los intereses del niño tienen comparativamente alta prioridad¹⁴⁴. Por lo tanto, los Estados europeos deben considerar el interés superior del niño como consideración primordial¹⁴⁵ al deliberar sobre la cuestión de su repatriación desde los campamentos, aun cuando tales intereses entren en conflicto con otros. Dejar a los niños en estos campamentos en detención permanente, en condiciones que amenazan su vida, con una grave falta de atención médica básica, acceso a alimentos, agua, instalaciones sanitarias y educación, en riesgo de adoctrinamiento de la ideología de ISIS, y en riesgo de apatridia¹⁴⁶, es sin lugar a dudas lo contrario a su interés superior.

En respuesta, numerosas resoluciones europeas e internacionales han pedido la repatriación de los niños. Por ejemplo, el Parlamento del Consejo de Europa en Resolución de la Asamblea sobre las obligaciones internacionales relativas a la repatriación de niños de zonas de guerra y conflicto señaló que “continuar en campamentos o centros de detención, no puede considerarse el mejor interés del niño” y pidió la repatriación de los niños y sus madres de los campamentos¹⁴⁷. La Resolución del Parlamento Europeo sobre derechos del niño instó a los Estados miembros de la UE a “repatriar a todos los hijos, teniendo en cuenta sus situaciones familiares específicas

144. Ibid, para. 39 and 6(a).

145. Ibid, para. 6(a), 39.

146. Consultar: Institute on Statelessness and Inclusion and Open Society Justice Initiative, “Principles on Deprivation of Nationality as a Security Measure”, para. 9.7.1.

147. PACE, “Resolución 2321 (2020)”, 30 enero 2020, para. 4 and 8.1.

y el interés superior del niño como consideración primordial”¹⁴⁸. Los Principios Rectores de Madrid, los principios sobre “combatientes terroristas extranjeros” requerían que los Estados “respetasen y promoviesen los derechos del niño, teniendo en cuenta el interés superior del niño como una consideración primordial”¹⁴⁹ y el Informe de la Representante del Secretario General para la Infancia y los Conflictos Armados subrayó que “negar a los niños la oportunidad de regresar a sus países de origen, retirándole su nacionalidad o deteniéndolos únicamente por su supuesta asociación con grupos armados, va en contra del interés superior del niño y los estándares internacionales de protección”¹⁵⁰.

Los Estados europeos deberían tomar proactivamente las medidas legislativas, administrativas y otras medidas apropiadas para poner fin a la situación actual en la que se encuentran sus niños y niñas nacionales en el noreste de Siria (incluidos los hijos de nacionales cuya nacionalidad aún no está establecida en la ley). Tanto las medidas de repatriación actuales que se están llevando a la práctica como sus efectos posteriores son contrarios al interés superior del niño.

Este breve trabajo pretende exponer una serie de argumentos legales, basados en normas jurídicas internacionales y europeas, que se pueden utilizar para abogar la repatriación proactiva de

148. European Parliament, “Resolution of 26 November 2019 on Children’s Rights on the Occasion of the 30th Anniversary of the UN Convention on the Rights of the Child”, 2019/2876(RSP), para. 61.

149. Anexo a la carta con fecha 28 diciembre de 2018 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Presidente del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1373 (2001) relativa a la lucha contra el terrorismo, “Adendum de 2018 a los Principios Rectores de Madrid de 2015”, párr. 27 y Principio rector 7.

150. Asamblea General de Naciones Unidas, “Report of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict”, A/73/278, 30 julio, 2018, para. 13.

los niños, junto con sus cuidadores principales. En la versión extendida de este trabajo se desgranar en profundidad otros argumentos legales que se consideran para la repatriación de estos niños, como: el derecho a la nacionalidad, el derecho a acceder a asistencia consular, el principio de no discriminación, el derecho a entrar en el propio país, el derecho de los niños víctimas de conflictos armados a la reintegración y recuperación, el derecho de los niños en los campamentos a ser tratados como víctimas, el derecho a la libertad y la seguridad, el derecho a estar libre de tortura y malos tratos y el derecho a la vida. Argumentos que, sumados a los que se desarrollan en este trabajo, podrían servir como punto de partida para la interpretación del TEDH o para los litigantes en estas causas, teniendo en cuenta las leyes internas y políticas pertinentes de cada Estado, el estado de ratificación de las leyes internacionales y tratados europeos, así como las circunstancias fácticas específicas de sus nacionales en los campamentos. A nivel internacional, las vías legales en las que se pueden llevar a cabo estos casos incluyen: el Comité de los Derechos del Niño¹⁵¹, el Comité de Derechos Humanos¹⁵², el Comité contra la Tortura¹⁵³, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵⁴. A nivel regional, posibles

151. Los Estados deben haber ratificado el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre Procedimiento de Comunicaciones”. Actualmente hay cuatro casos ante el CommRC, con respecto a la repatriación de niños europeos de los campos en el noreste de Siria. Ver: Finlandia, Caso Núm. 100/2019, y Francia, Casos No. 77/2019, 79/2019 y 109/2019, CRC, Tabla de casos pendientes, 15 de marzo de 2021. y c. Hungría”, Solicitud No. 29617/07, 12 de mayo de 2013, párr. 38-42.

152. El “Primer Protocolo Facultativo del PIDC de 1976” establece la competencia de los Derechos Humanos Comité para recibir comunicaciones individuales en relación con violaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

153. Véase el artículo 22 de la CAT.

154. Las comunicaciones pueden ser presentadas por o en nombre de individuos o grupos de individuos, bajo la jurisdicción de un Estado Parte del “Protocolo Facultativo del PIDESC”, alegando ser víctimas de violación de cualquiera de los derechos establecidos en el CDESC.

vías incluyen: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵⁵, el Tribunal Europeo Tribunal de Justicia¹⁵⁶, y el a menudo pasado por alto Comité Europeo de Derechos Sociales¹⁵⁷. Dependiendo de cada mecanismo legal, el litigio podría tomar numerosas formas, incluidas las comunicaciones individuales y/o colectivas, solicitudes de medidas cautelares, de apertura de investigaciones. En el último año, el fracaso de los gobiernos europeos para repatriar a sus niños y niñas nacionales junto con sus cuidadores principales de los campamentos ha comenzado a ser impugnado legalmente en diversos foros. Los argumentos

155. Véase: TEDH, “H.F. y M. F. contra Francia”.

156. Cuando actúen en el ámbito de aplicación del derecho de la UE, los estados miembros de la UE deben cumplir plenamente con la “Carta de los Derechos Fundamentales” de la UE (artículo 6(1) TUE). También deben tener en cuenta los derechos fundamentales incluidos entre los principios generales del Derecho de la Unión, que se derivan de la CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (artículo 6(3) TUE).

157. El Comité Europeo de Derechos Sociales supervisa la implementación de la Ley Social Europea de 1961. Carta, el Protocolo adicional de 1988 por el que se amplían los derechos sociales y económicos garantizados por la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Social Europea revisada de 1996. En virtud del artículo 1 del “Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que Prevé un Sistema de Quejas Colectivas”, varios tipos de organizaciones tienen derecho a presentar quejas ante el ECSR, incluidas las ONG internacionales registrados en el Comité Gubernamental de la Carta Social Europea “Lista de Organizaciones no gubernamentales con Derecho a Presentar Quejas Colectivas” (1 de octubre de 2020). Los estados pueden también dar permiso a las ONG nacionales para presentar denuncias ante el Comité; sin embargo, Finlandia es el único Estado que lo ha hecho. Los estándares legales relevantes de la Carta Revisada para defender el caso de la repatriación de niños de los campamentos puede incluir: el derecho a la protección de la salud, fuertemente interrelacionado con el derecho a la vida tal como se establece en este documento informativo; el derecho de los niños y jóvenes a la protección contra los peligros físicos y morales a que están expuestos los niños y jóvenes; el derecho de la familia a la protección social, jurídica y económica; el derecho de los niños y jóvenes a la seguridad social, jurídica y protección económica, y no discriminación. Ver: “Carta Social Europea Revisada de 1996”, Artículos 7.10, 11, 16, 17 y E. El ECSR es único entre los mecanismos regionales de derechos humanos por su colectivo, a diferencia del mecanismo de denuncia individual, y la flexibilidad que permite a los Estados decidir qué disposiciones de la Carta a aceptar.

expuestos en este trabajo tienen como objetivo el servir de base tanto a los organismos internacionales como a los litigantes en la creación de enfoques creativos para abordar lo que se ha convertido en un problema enquistado.

THE INTERNATIONAL LAW OF INDIGENOUS PEOPLE IN THE 21ST CENTURY

*Renato Zerbini Ribeiro Leão**

Introduction

The set of institutions, norms, principles and rules aimed at the international protection of Indigenous people has made significant progress compared to what existed at the end of the 20th century. This does not mean, however, that the historical structural discrimination faced by these people has disappeared or, even less, that the problems that generate or derive from it have diminished. This context, of good news in terms of what should be and concern about what is, sheds light on the fact that today Indigenous people have more and different legal means, ways and paths at their disposal than previously.

This article presents and illustrates the three pillars of universal legal protection that are most accessible to effectively guarantee the rights of Indigenous people: the International Labor Organization (ILO), the United Nations (UN) human rights treaty body system and the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court HR). To this end, a documentary analysis methodology was utilized based on the study of

* Ph.D. in International Law and International Relations. Lawyer registered with the Brazilian Bar Association (OAB/DF). Former Program Officer for Indigenous People and Human Rights at the Inter-American Institute of Human Rights in San José, Costa Rica (1995-1998), of which he is currently a member of the Board of Directors. Member of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights between 2010 and 2022. Member of the Brazilian Institute of Human Rights. Full Professor at the Faculty of Legal and Social Sciences of the University Center of Brasília (FAJS/CEUB). Orcid iD = <https://orcid.org/0000-0002-0896-3624>.