



INMACULADA YUSTE MARTÍNEZ*

LOS CACHORROS DEL CALIFATO Y LAS NUEVAS PRISIONES: CAMPAMENTOS DE DESPLAZADOS INTERNOS EN SIRIA. (SEGUNDA PARTE)

RESUMEN: 8. Introducción. – 8.1. Derecho de los niños a adquirir la nacionalidad de sus padres. – 8.2. Revocación de nacionalidad de padres y/o hijos. – 8.3. Revocación de la nacionalidad de los hijos. – 8.4. Extensión de la revocación de la nacionalidad de los padres a sus hijos. – 9. Primera y única sentencia hasta la fecha. – 10. Conclusiones.

8. *Introducción*

Este artículo pretende ahondar en los derechos de los niños europeos que se encuentran en los campos de desplazados internos sirios que han sido y siguen siendo vulnerados y analizar en profundidad la última y reciente sentencia contra Francia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (septiembre de 2022). Dicha sentencia, 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. El artículo concluye con conclusiones que pretenden servir de guía para litigar en estos supuestos.

8.1. *Derecho de los niños a adquirir la nacionalidad de sus padres*

Muchos niños en los campamentos, cuyos padres son ciudadanos europeos, tienen dificultades para adquirir la nacionalidad de sus padres y/o para acreditar la nacionalidad que ya han adquirido. Por lo tanto, se enfrentan a un riesgo significativo de convertirse en

* Doctoranda del Programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada. Técnica de internacionalización, Universidad de Granada.

Este artículo corresponde a la segunda parte del artículo publicado por OIDU en su número 4/2024.

apátridas. Los Estados europeos siguen ampliamente una tradición de *jus sanguinis* y han establecido normas que salvaguardan el derecho de los niños a adquirir la nacionalidad de sus padre(s)¹. Mientras que bajo el derecho europeo e internacional, los Estados que siguen la tradición del *jus sanguinis* pueden prever un procedimiento especial para hijos nacidos fuera del matrimonio y hacer excepciones para los hijos nacidos en el extranjero, estas excepciones deben ser compatibles con las obligaciones en derechos humanos explicadas anteriormente.²

Esto significa, por ejemplo, que los Estados no pueden regular cualquier motivo para la adquisición de la nacionalidad de manera que dar lugar a discriminación,³ por ejemplo, por motivos de maternidad o paternidad filiación o basado en el nacimiento del niño dentro o fuera del matrimonio⁴. Más importante aún, si un niño fuera apátrida de no tener dicha nacionalidad, los Estados tienen la obligación de conceder la nacionalidad del progenitor del hijo “tan pronto como posible”⁵, incluso en situaciones en las que el niño nace en el extranjero⁶. Jurídicamente, cuando la nacionalidad es adquirida automáticamente al nacer, el registro de nacimiento se convierte en un asunto procedimental, vinculado a la documentación de la identidad, pero no a una condición para la adquisición de nacionalidad, ya que eso es automático (aunque cabe señalar que el proceso puede no ser tan simple en la práctica). En muchos estados europeos, sin embargo, un niño

¹ ECN, artículo 6 (1a). Consejo de Europa, Comité de Ministros, *The Nationality of Children Recommendation CM/Res (2009)13 and Explanatory Memorandum*, 9 de diciembre de 2009 (séptima sesión), Principio 1, pp. 13- 14, disponible en línea en <https://rm.coe.int/16807096bf>.

² PCIJ, *Advisory Opinion of 1923 by the Permanent Court of International Justice in the Tunis and Morocco Nationality Decrees Case*, 1923, PCIJ Series B, núm. 4, 24, disponible en línea en <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/pcij/1923/en/20991>. UNHCR, *UNHCR and De Facto Statelessness*, abril 2010, LPPR/2010/01, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/4bbf387d2.html>. G. DE GROOT y O. VONK, *Acquisition of Nationality by Birth on a Particular Territory or Establishment of Parentage: Global Trends Regarding Jus Sanguinis and Jus Soli*. Netherlands International Law Review 65, 2018, p. 323, disponible en línea en <https://link.springer.com/article/10.1007/s40802-018-0118-5#citeas>. G. DE GROOT y M.P VINK, *The Relationship Between Citizenship and Residence in the Citizenship Laws of the Member States of the European Union*, European University Institute, 2013, p. 7, disponible en línea en <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/29487>.

³ ECN, artículo 5. CERD, artículo 5. Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 9. Consejo de Derechos Humanos *Report of the Secretary-General on Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality*, A/HRC/13/34, 14 de diciembre 2009, párrafos 3-18, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/4b83a9cb2.html>.

⁴ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *General Comment No. 17: Article 24 (Rights of the Child)*, 7 de abril 1989, p. 8, disponible en línea en <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1989/en/37603>. UNHCR, *Guidelines on Statelessness No. 5: Loss and Deprivation of Nationality under Articles 5-9 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness*, HCR/GS/20/05, mayo de 2020, párrafos 19-21, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/5ec5640c4.html>.

⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y Secretario General*, A/HRC/25/28, 19 de diciembre 2013, párrafo 43, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/52f8d19a4.html>.

⁶ CDN artículo 2(2). Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 9(2). Convención para reducir los casos de apatridia, 1961, artículo 4 (1-2). Consejo de los Derechos Humanos, *Resolution on the Right to a Nationality: Women and Children*, A/HRC/RES/20/4, 16 julio 2012, disponible en línea en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G12/153/04/PDF/G1215304.pdf?OpenElement>. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Genovese v. Malta*, Solicitud núm. 53124/09, 11 de enero de 2012, párrafos. 42-45, disponible en línea en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%20>, el TEDH, por primera vez, dictaminó claramente que el acceso a la nacionalidad cae dentro del ámbito de protección del CEDH como parte de la identidad social de una persona, que a su vez es parte de la vida privada de esa persona CEDH, artículo 8. G. DE GROOT y O. VONK, *Acquisition of Nationality by Birth on a Particular Territory or Establishment of Parentage: Global Trends Regarding Jus Sanguinis and Jus Soli* en *Netherlands International Law Review*, 2018, p. 323.

que nació en el extranjero de un padre nacional puede adquirir nacionalidad sólo después del nacimiento, por lo general a través de una decisión tomada por las autoridades pertinentes y bajo ciertas condiciones. En este sentido, algunos Estados europeos imponen restricciones a la concesión de la nacionalidad por parte de los padres para categorías específicas de niños nacidos en el extranjero⁷, mientras que en otros países europeos se establece que la adquisición de la nacionalidad por un hijo nacido de un nacional en el extranjero está condicionada al cumplimiento de criterios adicionales y puede concederse únicamente con el registro o declaración del nacimiento⁸. En concreto, algunos Estados europeos también han promulgado leyes para hacer excepciones a la adquisición automática de nacionalidad en caso de nacimiento en el extranjero, dirigido específicamente a los niños nacidos en áreas de conflicto a los padres nacionales que se cree que están afiliados al EI⁹. Cuando la nacionalidad es adquirida con posterioridad al nacimiento por decisión del órgano competente, el registro o la declaración a menudo se convierte en una condición para la adquisición de la nacionalidad. Esto significa que, a pesar de que un niño que haya nacido en el extranjero de un padre nacional tiene derecho a adquirir la nacionalidad del Estado de nacionalidad de sus padres, no son reconocidos por ese Estado como nacional hasta que se complete el procedimiento oficial de registro de nacimiento.

Algunos de los niños nacidos en Siria de padres desconocidos tienen una “nacionalidad desconocida”¹⁰, un problema al que se enfrentan especialmente niños huérfanos, abandonados o no acompañados. La situación es particularmente preocupante cuando el niño es demasiado pequeño para proporcionar información sobre sus orígenes. Algunos de los niños nacidos en el extranjero, en cambio, son “niños no registrados” que no han podido adquirir una nacionalidad porque no pueden ser registrados en los campamentos, lo cual, como se mencionó anteriormente, es una condición para el

⁷ G. DE GROOT y M. P. VINK *The Relationship Between Citizenship and Residence in the Citizenship Laws of the Member States of the European Union*, 2013, p. 7, disponible en línea en <https://core.ac.uk/download/pdf/45683704.pdf>; C. DUMBRAVA, *Nationality, Citizenship and Ethno Cultural Membership. Preferential Admission Policies of EU Countries*, diciembre de 2012, p.127, disponible en línea en <https://cadmus.eui.eu/discover?query=%E2%80%9CNationality%2C+Citizenship+and+Ethno-Cultural+Membership.+Preferential+Admission+Policies+of+EU+Countries%E2%80%9D&submit=>; M. VINK y G.R DE GROOT, *Citizenship Policies in the EU*, 2016, disponible en línea en https://www.researchgate.net/publication/294850853_Citizenship_Policies_in_the_EU. D.BESHAROV y M. LOPEZ, *Adjusting to a World in Motion: Trends in Migration and Migration Policy*, 2016, pp. 212-214.

⁸ Estos países incluyen, por ejemplo, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Chipre, Finlandia, Alemania, Islandia, Irlanda, Kosovo, Letonia, Macedonia, Malta, Montenegro, Portugal, Rusia, Serbia, Eslovenia, Reino Unido, Turquía.

⁹ Por ejemplo, en Dinamarca, el parlamento aprobó recientemente una legislación que establece que los hijos de padres daneses que nazcan en áreas donde una “organización terrorista” lucha en un conflicto armado ya no deben convertirse automáticamente en ciudadanos daneses. DW, *Denmark Approves Stripping IS Fighters of Citizenship*, 24 de octubre 2019, disponible en línea en <https://www.dw.com/en/denmark-approves-stripping-is-fighters-of-citizenship/a50970297?fbclid=IwAR0ZcROjsnPmwj7XIceBwF9jCOAKRN1zoKg7KJx6fyQbVra8H6oui101AY#:~:text=Denmark's%20FRANCE%2024,Denmark%20to%20deprive%20jihadists'%20children%20of%20citizenship,28%20de%20marzo%202019,disponible%20en%20l%C3%ADnea%20en%20https://www.france24.com/en/20190328-denmark-deprive-jihadists-children-citizenship>. M. BENTON and N. BANUKESCU – BOGDAN, *Foreign Fighters: Will Revoking Citizenship Mitigate the Threat?*, 3 de abril 2019, disponible en línea en <https://www.france24.com/en/20190328-denmark-deprive-jihadists-children-citizenship>.

¹⁰ Véase la primera decisión del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho de los niños a una nacionalidad que aborda la cuestión de nacionalidad desconocida, *Zhao v. The Netherlands*, CCPR/C/130/D/2918/2016, 19 octubre 2020, párrafo 8, disponible en línea en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/130/D/2918/2016&Lang=en.

reconocimiento de la nacionalidad por parte del Estado. Por lo tanto, los niños detenidos en los campos que nacieron en Siria se enfrentan al riesgo de convertirse también en apátridas¹¹ debido a las barreras para adquirir la nacionalidad europea así como para acceder al registro de nacimiento y la nacionalidad en Siria¹². Además, casi todos los niños de los campamentos, incluidos los que tienen adquirida la nacionalidad ya sea antes en su país de origen o automáticamente por nacimiento en el extranjero, actualmente tienen dificultades para probar o establecer su nacionalidad¹³, por carecer de documentos oficiales de identidad (pasaporte, cédulas de identidad, partidas de nacimiento, etc.), o sólo tienen los documentos emitidos por autoridades del EI, que no son reconocidos.

Por lo tanto, la mayoría de los niños en los campamentos corren el riesgo de no poder demostrar que han adquirido la nacionalidad y no pueden, por tanto, acogerse a la protección del Estado, lo que supone un riesgo bastante elevado de apatridia. Los Estados europeos tienen la obligación, respecto de los niños nacidos en el extranjero, de conferir la nacionalidad de su progenitor cuando tengan derecho a adquirirla; de lo contrario, constituiría una privación arbitraria de la nacionalidad, especialmente cuando da lugar a la apatridia. Por lo tanto, los Estados europeos deben tomar todas las medidas apropiadas, sin demora y, si es necesario, en cooperación con otros Estados, para eliminar los obstáculos jurídicos y prácticos que impiden el acceso a la protección o afirmación de la nacionalidad¹⁴. También hay algunas implicaciones prácticas de estas obligaciones, que son críticas para los

¹¹ The Equal Rights Trust, *Chapter 2: Critiquing the Categorisation of the Stateless*, en *Unravelling Anomaly Detention, Discrimination and the Protection Needs of Stateless Persons*, julio 2010, pág. 56, disponible en línea en <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/chapter%202.pdf>.

¹² Tengamos en cuenta que la mayoría de los niños nacidos en Siria tampoco pueden adquirir la nacionalidad siria ya que la ley adopta el principio de *jus sanguinis*, que sostiene que la nacionalidad está determinada únicamente por la nacionalidad del padre y el lugar de nacimiento es irrelevante. Por lo tanto, la ley no otorga la nacionalidad a los niños nacidos en Siria, a menos que su padre sea un ciudadano sirio, excepto en algunas circunstancias específicas, como cuando un niño nace de una madre siria y cuya relación familiar con su padre aún no ha sido establecida establecido, cuando un niño nace en Siria de padres desconocidos o de padres cuya nacionalidad se desconoce, o cuando un niño nace en Siria y no tenía, en el momento del nacimiento, derecho a adquirir una nacionalidad extranjera en virtud de su filiación. Además, en Siria, las salvaguardias contra la apatridia, esto es; la ley de nacionalidad no se implementa sistemáticamente y la disposición existente solo se aplica a los niños nacidos en Siria con ascendencia desconocida y no incluye niños que nacieron en países europeos o que, en el momento de su nacimiento, tuvieron derecho a adquirir una nacionalidad extranjera en virtud de su familia. The Institute on Statelessness and Inclusion, *Toolkit: Understanding statelessness in the Syrian refugees context*: <http://www.syrianationality.org/pdf/nationality-documentation-statelessness-syria.pdf>. República Árabe Siria, *Decreto Legislativo 276*, 24 de noviembre 1969, disponible en línea en <https://www.refworld.org/legal/legislation/matlegbod/1969/en/75964>. ACNUR, *Expert Meeting on Interpreting Articles 5-9 of the 1961 Statelessness Convention and Preventing Statelessness Resulting from Loss and Deprivation of Nationality*, Túnez, 31 de octubre - 1 de noviembre 2013, disponible en línea en <https://www.refworld.org/pdfid/533a754b4.pdf>.

¹³ “[...] tendrán dificultades para demostrar su nacionalidad holandesa. Para regresar por sus propios medios, necesitará un pasaporte. Para ser considerado para un pasaporte, el niño deberá demostrar que es holandés. [...] estrictamente hablando, no es imposible que esos niños nacidos en Siria, Turquía e Irak puedan ser capaces de acreditar su nacionalidad. Sin embargo, sin la asistencia de las autoridades neerlandesas para aportar pruebas, informar a los servicios consulares (en los países vecinos), en la medida en que eso sea posible, no parece valer la pena.” C. SANDELOWSKY-BOMAN y T. LIEFAARD, *Children Trapped in Camps in Syria, Iraq and Turkey: Reflections on Jurisdiction and State Obligations under the United Nations Convention on the Rights of the Child*, en *Nordic Journal of Human Rights*, 2020, p. 146, disponible en línea en <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/18918131.2020.1792090?needAccess=true&>.

¹⁴ OSCE/ODIHR, *Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of Foreign Terrorist Fighters' within a Human Rights Framework*, 2018, p. 70, disponible en línea en https://www.osce.org/files/f/documents/4/7/393503_2.pdf.

niños y niñas detenidos en los campamentos que se enfrentan a dificultades para probar que han adquirido la nacionalidad y/o al probar “su condición de apátrida”.

En este sentido, al tratar de establecer la prueba de la nacionalidad o apatridia, los Estados europeos deben desarrollar e implementar de manera rápida, mecanismos de identificación efectivos, flexibles y accesibles para los niños en los campamentos y, cuando sea necesario, debe proporcionar recursos a las autoridades locales, administraciones, solicitar el apoyo de la comunidad internacional y buscar la asistencia de entidades de la ONU que operan en la región¹⁵. Sin embargo, la mayoría de los Estados europeos no parecen dispuestos a facilitar el proceso de identificación de los niños y niñas nacionales de sus Estados y, en la mayoría de los casos, exigir estrictamente la verificación de la nacionalidad de los niños mediante pruebas de ADN como condición para repatriación. La viabilidad de un requisito sistemático de prueba de ADN, sin embargo, ha sido cuestionada debido a los obstáculos legales, restricciones, y preocupaciones de privacidad. En primer lugar, lo cierto es que a juicio de esta investigación, en la gran mayoría de los casos, la prueba de ADN es simplemente innecesaria y prolonga un ya largo proceso de repatriación sin razón válida, ya que en Europa los estados ya tienen una idea clara de cuáles de sus nacionales están sobre el terreno y dónde están ubicados en los campamentos¹⁶. En segundo lugar, el uso de pruebas de ADN no siempre es concluyente si uno o ambos padres están desaparecidos, detenidos o muertos¹⁷.

Además, un resultado de ADN positivo puede ser insuficiente en algunas jurisdicciones si el matrimonio de los padres biológicos no fue reconocido por la administración nacional o si el padre no reconoció oficialmente al niño o niña en cuestión. En tercer lugar, en la práctica, sin la asistencia de los Estados europeos, realizar una prueba de ADN en los campamentos es extremadamente difícil, si no imposible, debido a la falta de recursos además de que, la mayoría de los gobiernos europeos siguen reacios a brindar asistencia consular o enviar funcionarios a los campamentos para recolectar muestras de ADN por razones legales, políticas y de seguridad.

Por si todo esto fuera poco, el acceso a recursos efectivos en relación con el derecho a la nacionalidad a menudo se basa en proporcionar una prueba de identificación personal, una tarea con frecuencia obstaculizada por los efectos de la privación de la nacionalidad. Por lo tanto, especialmente en el contexto de los niños sin documentación de identidad, los Estados no deben imponer demandas irrazonables a los niños y esperar que simplemente cumplan con los onerosos requisitos administrativos para adquirir una nacionalidad, una

¹⁵ ACNUR, *Nationality and Statelessness: Handbook for Parliamentarians n° 22*, julio 2014, p. 37, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/53d0a0974.html>, Comité Derechos del Niño, *Concluding observations on the combined 5th and 6th periodic reports of Belgium, CRC/C/BEL/CO/5-6* (sesión 80) 14 enero - 1 febrero 2019, párrafo 50(a), disponible en línea en <https://digitallibrary.un.org/record/3793448?ln=en>. UNCCT, *Handbook Children Affected by the Foreign-Fighter Phenomenon: Ensuring A Child Rights-Based Approach*, 2019, párrafo 96, disponible en línea en <https://www.un.org/counterterrorism/handbook-children-affected-foreign-fighter-phenomenon-ensuring-child-rights-based-approach>.

¹⁶ Center for Global Policy, *The Children of ISIS Detainees: Europe's Dilemma*, 2020, p. 12, disponible en línea en <http://newlinesinstitute.org/wp-content/uploads/CGP-Children-of-ISIS-June-2020.pdf>.

¹⁷ L. VAN WAAS, *The Children of Irregular Migrants: A Stateless Generation*, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, pp. 437-458, disponible en línea en <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/016934410702500303>. L. TAYLER, *Western Europe Must Repatriate Its ISIS Fighters and Families*, en *Human Rights Watch* 21 de junio 2019, disponible en línea en <https://perma.cc/HQ6L-VJEH>.

vez más esta actitud es la antítesis del interés superior de los niños y niñas¹⁸.

El requisito de ADN, en sí mismo es un requisito irrazonablemente alto y exigirlo va en contra del mandato de protección que los Estados tienen para salvaguardar el interés superior del niño, lo que hace que cualquier protección legal sea prácticamente inexistente. El Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, al establecer unas líneas generales para la protección de poblaciones apátridas, ha definido la obligación de los Estados de “considerar a todas las pruebas disponibles, orales y escritas, en relación con el reclamo de un individuo”¹⁹ y subrayó que se necesita una consideración especial en situaciones que requieren traslado de la carga de la prueba a la parte con acceso a dicha prueba.

En general, en el caso de la determinación de la apatridia “la carga de la prueba es en principio compartida, en el sentido de que tanto el solicitante como el examinador deben cooperar obtener prueba y establecer los hechos”. Dada la naturaleza de la apatridia, los solicitantes de su condición a menudo, no pueden fundamentar la afirmación con mucha evidencia documental, si es que hay alguna, y mucho menos evidencia de ADN. Esto se aplica tanto al proceso de repatriación de los niños de los campamentos y el proceso de determinación de su filiación, donde el solicitante tiene el deber de ser “veraz y presentar todas las pruebas razonablemente disponibles,”²⁰ pero donde el hecho de obtener una prueba de ADN es una tarea muy complicada. ACNUR ha señalado que “también se justifica una mayor flexibilidad cuando es difícil para las personas obtener documentos”²¹, aconsejando a los Estados que adopten estándares de prueba “razonables”, como se requiere en la determinación del estatus de refugiado²².

Por lo tanto, los Estados europeos deberían rebajar su nivel de prueba de nacionalidad y adoptar reglas de prueba flexibles²³. Los Estados europeos deberían, *prima facie*, considerar a los niños como nacionales, teniendo en cuenta la circunstancias particulares en los campos de detención que hacen que sea imposible que los detenidos aporten pruebas de su nacionalidad y por el hecho de prolongar un ya largo proceso de repatriación que plantea un amenaza al derecho de los niños a su vida, su seguridad y su desarrollo.

En consecuencia, los Estados deben permitir que los niños y sus principales cuidadores proporcionen testimonios de testigos y diversas fuentes de pruebas documentales para probar su nacionalidad, incluidos los documentos emitidos por el EI u

¹⁸ Comité Derechos Humanos, *X.H.L. v. Netherlands*, Comunicación núm. 1564/07, CCPR/C102/D/1564/2007, 22 julio 2011, párrafo 10.2, disponible en línea en http://www.bayefsky.com/pdf/netherlands_t5_ccpr_1564_2007.pdf.

¹⁹ ACNUR, *Handbook on Protection of Stateless Persons*, 30 de junio 2014, párrafo 87, disponible en línea en https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/04/CH-UNHCR_Handbook-on-Protection-of-Stateless-Persons.pdf.

²⁰ ACNUR, *Handbook on Protection of Stateless Persons*, cit.

²¹ ACNUR, *Handbook on Protection of Stateless Persons*, cit.

²² ACNUR, *Handbook on Protection of Stateless Persons*, cit. p.91.

²³ En su evaluación, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas ha tenido en cuenta la situación especialmente difícil contexto en el que se encuentra la señora X (conflicto armado, situación de detención en el campamento y la imposibilidad a la que se enfrenta para aportar los elementos de prueba generalmente requeridos para establecer el vínculo entre ella e Y y Z (sus hijos); y con base en los elementos de hecho que la Corte consideró Y y Z *prima facie* los hijos de la Sra. X, es decir, ciudadanos belgas. Véase la Ordenanza, 19/129/C del Tribunal de primera instancia francófona de Bruxelles, Sección Civil de 30 de octubre de 2019, Sección 5, p. 13.

otros actores no estatales²⁴. Los Estados europeos, por lo tanto, no deben recurrir a las pruebas de ADN a menos que sea estrictamente necesario, por ejemplo, si no hay otra forma de probar la nacionalidad. En los casos en que las pruebas de ADN sean estrictamente necesarias, los Estados deben eliminar las barreras físicas y prácticas para acceder a dichas pruebas con el objetivo de garantizar que la opción de la prueba de ADN sea accesible para todos los niños en los campamentos que reclaman la nacionalidad de un Estado europeo. En definitiva, el requisito de las pruebas de ADN no debe utilizarse como pretexto para obstaculizar la repatriación de niños. Finalmente, si se implementan pruebas de ADN, los Estados deben también asegurarse de que el interés superior de los niños y su derecho a la privacidad se respetan.

8.2. *Revocación de nacionalidad de padres y/o hijos*

La revocación de la nacionalidad es una medida extrema no solo para las personas a las que se les revoca la nacionalidad sino también para aquellas que se encuentran al alrededor de ellas, porque directa e indirectamente interfiere en el disfrute de una amplia gama de derechos y obstaculiza significativamente la capacidad de las personas para reclamar y asegurar sus derechos. Por lo tanto, sólo puede ser utilizado en la mayoría de las circunstancias excepcionales y, en consecuencia, está sujeto a límites estrictos. Según el derecho internacional, la revocación de la nacionalidad sólo se permite en motivos limitados y específicos, incluso cuando las personas han realizado en forma gravemente perjudicial para los intereses vitales del estado²⁵.

Si bien el término "intereses vitales" a veces se construye en términos generales como que cubran amenazas a la seguridad nacional²⁶, como regla, los Estados no deberían privar a personas de su nacionalidad con el propósito de salvaguardar la seguridad nacional²⁷. Cualquier excepción a esta regla debe interpretarse y aplicarse estrictamente, solo en situaciones en las que se haya determinado por una convicción legítima que cumple con las normas internacionales sobre juicios justos, demostrando que la persona se han comportado de manera gravemente perjudicial para los intereses vitales del Estado²⁸. El ejercicio de esta estrecha excepción para privar a una persona de la nacionalidad está además limitada por otras normas del derecho internacional, incluyendo la prevención de la apatridia; la prohibición de la discriminación; los derechos a un juicio justo, recurso y reparación; y la prohibición de privación arbitraria de la nacionalidad²⁹.

²⁴ UNCT, *Handbook Children Affected by the Foreign-Fighter Phenomenon: Ensuring A Child Rights- Based Approach*, 2019, párrafo 96, disponible en línea en <https://www.un.org/counterterrorism/handbook-children-affected-foreign-fighter-phenomenon-ensuring-child-rights-based-approach>.

²⁵ Para obtener más información sobre varios motivos de pérdida o privación de la nacionalidad, consulte, Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Secretary-General on Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality*, 19 de diciembre 2013, A/HRC/25/28, párrafos 7-12, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/52f8d19a4.html>. UNHCR, *Guidelines on Statelessness No. 5: Loss and Deprivation of Nationality under Articles 5-9 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness*, HCR/GS/20/05, mayo 2020, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/5ec5640c4.html>.

²⁶ J. LEPOUTRE, *Citizenship Loss and Deprivation in the European Union (27 + 1)*, EUI Working Paper RSCAS2020/29, mayo 2020, disponible en línea en https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66958/RSCAS_2020_29.pdf?sequence=4&isAllowed=y.

²⁷ OSJI/ISI, *Principles on Deprivation of Nationality as a Security Measure*, 2020, Principio 4.1, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/5f3bf26d4.html>.

²⁸ OSJI/ISI, *Principles on Deprivation of Nationality as a Security Measure*, cit, Principio 4.3.

²⁹ OSJI/ISI, *Principles on Deprivation of Nationality as a Security Measure*, cit, Principio 4.3.

Para que no se considere arbitraria, cualquier tipo de pérdida involuntaria o privación de la nacionalidad debe servir a un fin legítimo que sea coherente con los objetivos del derecho internacional de los derechos humanos, debe tener una base clara en la ley, ser necesaria, proporcionada al interés que se protege, y seguir el proceso debido³⁰. En concreto, al evaluar la proporcionalidad de una medida que implica la revocación de la nacionalidad, los Estados deben considerar si la pérdida o privación de la nacionalidad es proporcional al interés que se pretende proteger con la pérdida o privación (por ejemplo, seguridad nacional) y se deben considerar las medidas alternativas que podrían adoptarse.

La privación de la nacionalidad puede ser considerada arbitraria y/o violatoria derecho internacional cuando da lugar a la apatridia – de hecho o de derecho – y es discriminatoria por cualquier motivo. Más concretamente, cuando las salvaguardias para evitar pérdidas o la privación de la nacionalidad que conduce a la apatridia están presentes, las personas con doble o múltiples nacionalidades son más vulnerables a la pérdida o privación que los de una sola nacionalidad, lo que puede tener un efecto discriminatorio entre individuos con nacionalidad única y doble. De manera similar, la nacionalidad adquirida por naturalización es a menudo menos segura que la adquirida por nacimiento³¹; por lo tanto la diferenciación entre nacionales por nacimiento y nacionales por naturalización en las leyes internas puede dar lugar a una violación del principio de no discriminación. El número y variedad de motivos para la pérdida y privación involuntaria de nacionalidad varían significativamente de un Estado a otro en toda Europa³², siendo preocupante que en los últimos años un número significativo de Estados europeos hayan introducido y/o ampliado sus normas sobre revocación de la nacionalidad.

La mayoría de ellos ahora consideran delitos contra la seguridad nacional, delitos relacionados con el terrorismo, como causa legítima de privación de nacionalidad, y algunas de las nuevas leyes carecen de garantías contra la apatridia o no mantener la igualdad entre los nacionales³³. Tampoco hay evidencia para apoyar el uso de tales medidas como un medio eficaz para proteger la seguridad nacional, y existe una creciente preocupación de que tales acciones puedan ser realmente contraproducentes. Además, resulta todavía más preocupante si cabe el carácter permanente de la privación de la nacionalidad, su impacto desproporcionado sobre los individuos, las familias y las comunidades, y el impacto perjudicial sobre otros derechos humanos fundamentales. Nos referimos a las disposiciones generales en la legislación de los Estados europeos que constituyen una privación arbitraria de la nacionalidad porque la proporcionalidad y necesidad de la privación de la nacionalidad

³⁰ OSJI/ISI, *Draft Commentary to the Principles on Deprivation of Nationality as a Security Measure*, 2020, p. 7, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/5f3bf2d24.html>.

³¹ Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Secretary-General on Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality*, A/HRC/25/28, 19 de diciembre 2013, párrafo 6, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/52f8d19a4.html>.

³² Para más información ver, J. LEPOUTRE, *Citizenship Loss and Deprivation in the European Union (27 +1)*, documento de trabajo de la UEI RSCAS2020/29, mayo de 2020, disponible en línea en https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66958/RSCAS_2020_29.pdf?sequence=4&isAllowed=y.

³³ Entre ciudadanos naturalizados y ciudadanos por derecho de nacimiento; o entre personas con doble y única ciudadanía. Por ejemplo, “debido a las preocupaciones sobre la apatridia, la mayoría de los países diferencian entre ciudadanos duales/naturalizados y ciudadanos por nacimiento. Pero en algunos casos, las nuevas políticas han forzado los límites de ley internacional. El Reino Unido amplió el alcance de sus leyes existentes sobre la revocación de la ciudadanía para permitir que se aplicasen incluso si las personas se convertían en apátridas, siempre que tengan una posibilidad razonable de adquirir ciudadanía en otra parte.” Ver, M. BENTON y N. BANULESCU-BOGDAN, *Foreign Fighters: Will Revoking Citizenship Mitigate the Threat?*, en *Migration Policy Institute*, 3 de abril 2019, disponible en línea en <https://www.migrationpolicy.org/article/foreign-fighters-will-revoking-citizenship-mitigate-threat>.

debe evaluarse caso por caso, teniendo en cuenta el riesgo de apatridia, el principio de no discriminación, el derecho a un juicio justo y otros estándares legales internacionales³⁴. Igualmente, el derecho internacional claramente prohíbe a los Estados privar a un individuo de la nacionalidad para impedir arbitrariamente su regreso³⁵; y los gobiernos europeos no han mantenido en secreto su intención de impedir que sus nacionales regresen a Europa privándolos de su nacionalidad³⁶, y de “usar la revocación como forma moderna de exilio o destierro”³⁷. Para concluir, la práctica de revocación de nacionalidad como medida de seguridad nacional, particularmente cuando va acompañada de la negativa a repatriar y a la imposición de prohibiciones de entrada, va en contra del deber de los Estados de cooperar entre sí y de actuar con responsabilidad y conformidad con el derecho internacional para mantener la paz internacional y seguridad, promoviendo y fomentando el respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales, lo que puede derivar en el “traslado” de un problema hacia otros Estados³⁸. Los niños europeos detenidos en los campos se ven afectados por estas medidas de forma directa e indirecta, en algunas jurisdicciones, el efecto es directo, como cuando los niños, son objeto de la revocación de la nacionalidad sobre la base de que se cree que están afiliados a EI, mientras que se ven afectados indirectamente, cuando a sus padres o a otros miembros de la familia se les revoca su nacionalidad.

8.3. Revocación de la nacionalidad de los hijos

Si bien gran parte de la legislación europea que amplía la revocación de la nacionalidad a casos de actividades relacionadas con el terrorismo dirigidas a adultos, algunos Estados también han ampliado su legislación para incluir la revocación de la nacionalidad de los que se cree estuvieron o están afiliados a una organización terrorista³⁹.

³⁴ OSJI/ISI, *Principles on Deprivation of Nationality as a Security Measure*, 2020, Principio 4.3, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/5f3bf26d4.html>. OSCE/ ODIHR, *Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of Foreign Terrorist Fighters' within a Human Rights Framework*, 2018, pp. 49-51, disponible en línea en https://www.osce.org/files/f/documents/4/7/393503_2.pdf. Involuntary Loss of European Citizenship, *Guidelines Involuntary Loss of European Citizenship*, 2015, p.4, disponible en línea en http://uniset.ca/fatca2/guidelines_involuntary.pdf.

³⁵ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Observación General No. 27: Artículo 12 (Libertad de Movimiento)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1 noviembre de 1999, párrafo 21, disponible en línea en <https://www.refworld.org/pdfid/45139c394.pdf>.

³⁶ M. BENTON y N. BANULESCU-BOGDAN, *Foreign Fighters: Will Revoking Citizenship Mitigate the Threat?* en *Migration Policy Institute*, 3 de abril 2019, disponible en línea en <https://www.migrationpolicy.org/article/foreign-fighters-will-revoking-citizenship-mitigate-threat>.

Por ejemplo, el Primer Ministro de Dinamarca claramente declaró que esta legislación estaba destinada a los ciudadanos desleales que "no son deseados en Dinamarca" y que "el gobierno hará todo lo posible para evitar que regresen a Dinamarca". Reuters, "Denmark to Strip Foreign Fighters of Danish Citizenship," 14 Octubre 2019.

³⁷ J. LEPOUTRE, *Citizenship Loss and Deprivation in the European Union (27 + 1)*, EUI Working Paper RSCAS2020/29, mayo de 2020, p.8, disponible en línea en https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66958/RSCAS_2020_29.pdf?sequence=4&isAllowed=y. A. MACKLIN, *The Return of Banishment: Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship?* en *Debating Transformations of National Citizenship*, Florencia, 2018, p. 172, disponible en línea en https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-92719-0_31.

³⁸ OSJI/ISI, *Principles on Deprivation of Nationality as a Security Measure*, 2020, Introducción, p. 2, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/5f3bf26d4.html>.

³⁹ Por ejemplo, en los Países Bajos ampliaron su ley en 2015 para desnacionalizar a “personas mayores de 16 años cuya conducta indicase que se han unido a una organización terrorista mientras residían fuera del país”.

T.L. BOEKESTEIN y G.R. DE GROOT, *Discussing the Human Rights Limitson Loss of Citizenship: a Normative-Legal Perspective on Egalitarian Arguments Regarding Dutch Nationality Laws Targeting Dutch-Moroccans*, *Citizenship Studies*, 23(4),

Toda legislación destinada a revocar la nacionalidad de los niños presuntamente afiliados al EI claramente viola el derecho internacional ya que la revocación de la nacionalidad nunca favorece el interés superior de un niño⁴⁰ y es particularmente dañina cuando da como resultado la apatridia, que es “la antítesis del interés superior de niños⁴¹.” Pero aun cuando no resulte en apatridia, la revocación de la nacionalidad puede causar problemas económicos, emocionales, sociales e incluso puede tener como consecuencias la inmigración y tener un profundo impacto en el futuro de los niños así como en la protección de sus derechos. Además, privar automáticamente a los niños de nacionalidad debido a su supuesta afiliación con un grupo terrorista, va en contra de la necesidad y requisito de proporcionalidad. Al margen del hecho de que esta estrategia es ineficaz, la revocación también puede tener implicaciones de seguridad adicionales, porque los niños sin nacionalidad corren más riesgo de ser explotados o reclutados por grupos terroristas y acabar atentando contra intereses occidentales que en su día le dieron la espalda. En la necesidad de la búsqueda de proporcionalidad, también se debe prestar especial atención al hecho de que los niños que han sido reclutados o utilizados por grupos armados, como ISIS, deben ser considerados principalmente como víctimas. Por lo tanto, el hecho de ser sospechoso de estar afiliado a ISIS no puede ser motivo de revocación de la nacionalidad de niños y niñas⁴².

8.4. Extensión de la revocación de la nacionalidad de los padres a sus hijos

Extender la revocación de la nacionalidad de un padre que se cree que estuvo afiliado a una organización terrorista a sus hijos tampoco actúa a favor del interés superior del niño y, por lo tanto, está prohibido. El derecho internacional reconoce los derechos de nacionalidad independiente de los niños, y exige que los niños estén protegidos de “toda forma de discriminación o castigo” sobre la base de la ocupación, actividades, puntos de vista o creencias de sus padres, y la conducta de los padres no debe tener consecuencias adversas para los niños.

Por lo tanto, los Estados deben abstenerse de extender la pérdida o privación de nacionalidad a los hijos de una persona, incluso cuando el motivo de la revocación sea “una conducta gravemente perjudicial para los intereses vitales del Estado.” Inclusive si la revocación de la nacionalidad de uno de los padres no se extiende a su niño en virtud de la legislación interna del Estado en cuestión, cualquier decisión sobre la revocación de la nacionalidad de los padres también debe tener en cuenta el impacto en los niños involucrados.

2019, p. 323, disponible en línea en <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13621025.2019.1616448>. EUI Working Paper RSCAS2020/29, mayo 2020, p. 9. Algunos Estados europeos también han tratado de detirar la nacionalidad a individuos que eran niños cuando se unieron a ISIS. Véase el ejemplo de Shamina Begum en el Reino Unido:

M. BENTON y N. BANULESCU -BOGDAN, *Foreign Fighters: Will Revoking Citizenship Mitigate the Threat?* en *Migration Policy Institute*, 3 de abril de 2019, disponible en línea en <https://www.migrationpolicy.org/article/foreignhhh-fighters-will-revoking-citizenship-mitigate-threat>.

⁴⁰ OSJI/ISI, *Principles on Deprivation of Nationality as a Security Measure*, 2020, Principio 9.7.4, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/5f3bf26d4.html>.

⁴¹ Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, *General Comment No. 2 on Article 6 of the ACRWC: The Right to a Name, Registration at Birth, and to Acquire a Nationality*, ACERWC/GC/02, 16 de abril de 2014, párrafo 86, disponible en línea en <https://www.refworld.org/docid/54db21734.html>.

⁴² Tenemos que tener en cuenta que este elemento también es relevante con respecto a la revocación de la nacionalidad de las personas que eran niños cuando se unieron a ISIS.

La privación de la nacionalidad es una medida extrema que afecta no solo a las personas objetivo sino también, especialmente a sus hijos. El interés superior del niño debe ser la principal consideración en todos los procedimientos que afecten a su nacionalidad, incluso en cualquier posible proceso de nacionalidad contra sus padres ya que aun cuando el progenitor esté en posesión de otra nacionalidad o pueda adquirirla, la pérdida de la misma puede provocar que esos niños sean apátridas en caso de nacimiento después de la pérdida de la nacionalidad.

A la luz de los hechos y normas jurídicas antes mencionados, los Estados europeos pueden, y podría decirse que tienen la obligación de, proporcionar asistencia consular a sus nacionales detenidos en el norte de Siria, sobre todo a los niños, ya sea en virtud del derecho internacional consuetudinario, de la legislación de la UE o del derecho interno en algunos casos, que también pueden producir obligaciones consecuentes bajo el derecho internacional de los derechos humanos. La falta de acceso a los servicios consulares es el principal obstáculo para los niños que desean regresar a sus países de nacionalidad. La asistencia consular es la única manera de evitar que los niños sean objeto de más abusos contra los Derechos Humanos.

9. *Primera y única sentencia hasta la fecha*

La última y reciente sentencia contra Francia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (septiembre de 2022) 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 Derecho 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 4⁴³, 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 detecta ha 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 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 Francia⁴⁴.

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 niño 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

⁴³ Protocolo N. 4. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículos 2 y 3.

⁴⁴ Comité de los derechos del Niño, *Comunicaciones* No.77 /2019, 79/2019 y 109/2019, 2019, disponible en línea en https://www.ejltalk.org/wp-content/uploads/2020/12/CRC_C_85_D_79_2019_E-1.p.

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 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, la Estado “tiene la capacidad y el poder para proteger los derechos de los niños en cuestión tomando medidas para repatriarlos o proporcionar otros servicios consulares⁴⁵.” Sin embargo el Tribunal sigue utilizando la ambigüedad que utiliza 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)⁴⁶, 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 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 el por qué el Tribunal ha desaprovechado esta oportunidad para aplicando la perspectiva pro persona de los Derechos Humanos y del Niño lograr proteger en este caso a aquellos a los que hacía referencia la sentencia y sentar precedente en este contexto y en adelante avanzando así 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).

⁴⁵ Comité Derechos del Niño, *Decisión L.H. et al v. France*, 2020, párrafo. 9.7, disponible en línea en https://www.ejiltalk.org/wp-content/uploads/2020/12/CRC_C_85_D_79_2019_E-1.pdf.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, septiembre 2022, *Case of H.F. and others v. France*, disponible en línea en [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-219333%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-219333%22]}).

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 oc* 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 es 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 territorial⁴⁷. 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 nacionales⁴⁸. Un principio rector cuando consideramos la jurisdicción extraterritorial es la necesidad de evitar que un Estado perpetre violaciones en el territorio de otro Estado, que no podría perpetrar por sí solo⁴⁹.

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*)⁵⁰. Los actos (y omisiones) de los Estados en relación con sus nacionales actualmente detenidos en campamentos en el República Árabe Siria septentrional tienen más probabilidades de comprometer su jurisdicción *ratione personae* que *ratione loci*⁵¹. 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 las que los Estados pueden asumir jurisdicción extraterritorial, incluidos los casos de detención en el

⁴⁷ *Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, Application no. 55721/07, 7 julio 2011, p. 131, *Soering v. United Kingdom*, Application no. 14038/88, 7 July 1989, p. 86. Este análisis se basa principalmente en la jurisprudencia del TEDH y en la jurisprudencia que elabora otras disposiciones de jurisdicción comparables, en concreto el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *Cada Estado Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto*. En relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la cláusula *Cada Estado Parte adoptará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para prevenir actos de tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción*. Se ha interpretado que también incluye obligaciones extraterritoriales (véase el Informe provisional del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), UN Doc A/70/303, 7 agosto 2015, p. 33.

⁴⁸ *Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, cit., p. 131.

⁴⁹ *Lopez Burgos v. Uruguay*, Communication no. 052/1979, 29 julio 1981, párrafo. 12.3.

⁵⁰ *Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, cit., p. 131.

⁵¹ *Drozđ and Janousek v. France and Spain*, application no. 12747/87, junio 1992, p. 91.

extranjero⁵², uso de la fuerza por parte de agentes estatales en el extranjero⁵³, los agentes consulares y diplomáticos que actúen en el exterior⁵⁴, y el ejercicio de las funciones de otras facultades legislativas y administrativas, incluida la expedición de pasaportes⁵⁵.

Cuando un Estado ejerce autoridad y control sobre algunos pero no todos los derechos de un individuo, el Estado tendrá jurisdicción solo sobre aquellos derechos sobre los que tiene control; de esta manera, la Convención los derechos se pueden “dividir y adaptar⁵⁶”. Al evaluar la jurisdicción de un Estado, un tribunal debe, por lo tanto, considerar el alcance del control del Estado para evaluar qué obligaciones extraterritoriales debe, en relación con la situación de un niño recluido en los campamentos del norte de la República Árabe Siria, un Estado podría, por ejemplo, tener suficiente control 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 tener la obligación de garantizar ese derecho mientras permanezcan 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 c. 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 jurisdicción⁵⁷”. 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, puede caer bajo la jurisdicción de la Convención, aun cuando la persona no se encuentre bajo la custodia del Estado, siempre que las violaciones de los derechos se deriven directamente de los actos del Estado⁵⁸.

⁵² *Al-Skeini and Others v. United Kingdom* cit.,

⁵³ *Isaak v. Turkey*, solicitud núm. 44587/98, 28 septiembre 2006, *Andreou v. Turkey*, solicitud núm. 45653/99, Admissibility Decision, 3 junio 2008.

⁵⁴ Ver párrafo 21.

⁵⁵ Ver párrafo 27; párrafo 32 sobre pasaportes.

⁵⁶ *Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, cit., p.137.

⁵⁷ Ver por ejemplo, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* núm. 48787/99, p. 317. En *Ilaşcu and Others v. Moldova y Rusia* el Tribunal tuvo que considerar si los detenidos en la región de Transnistria, una región escindida de Moldavia que había declarado su independencia de Moldavia 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".

⁵⁸ Ver por ejemplo, *Andreou v. Turkey*, *Application No. 45653/99*, *Admissibility Decision*, 3 junio 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 v. Turkey*, *Application no. 31821/96*, Decisión de Admisibilidad, 16 de noviembre de 2004, párrafo. 71 y Pad c. Turquía, *Application no. 60167/00*, Decisión de Admisibilidad, 28 de junio de 2007, párrafo 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, párrafo. 216-217. 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

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado en su Observación General núm. 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 que⁵⁹: “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 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 previsible”.

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 v. 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 daño⁶⁰. 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).

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 demás⁶¹. 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 derogables.

En el caso de la Comisión Europea, X contra la República Federal de Alemania, el Tribunal concluyó que Alemania tenía jurisdicción sobre el solicitante en relación con los actos realizados por el consulado alemán agentes en Marruecos, explicando que: “en ciertos aspectos, los nacionales de un Estado Contratante están dentro de su “jurisdicción” aun

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, párrafo. 107-08).

⁵⁹ Observación general núm. 36 (2018) sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el derecho a la vida, CCPR/C/GC/36.

⁶⁰ *Osman v. The United Kingdom*, Solicitud núm. 23452/94, 28 de octubre de 1998, pp 32-33.

⁶¹ *Banković and Others v. Belgium and others*, application no. 52207/99, 12 diciembre 2001, p. 73, *AlSkeini and Others v. United Kingdom*, cit. p. 131.

cuando esté domiciliado o residente en el extranjero [...] en concreto, 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”.

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

“los agentes autorizados de un Estado, incluidos los agentes diplomáticos o consulares y las fuerzas armadas, no sólo 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 personas o bienes. En la medida en que, por sus actos u omisiones, afecten a tales personas o propiedad, se compromete la responsabilidad del Estado”.

En *X v. 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 provocase la aplicación del artículo 1, a pesar de que estaban fuera del territorio del Reino Unido:

“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, solicitud núm. 1611/62, Anuario 8, p. 158 (168); 6780/74, 6950/75, *Chipre c. Turquía*, Decisiones e Informes 2, p. 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 v. 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 danés. 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 de 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 estado. 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*, 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.” 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 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 estado. En cuanto a la legislación interna de un Estado que tenga efectos fuera de las fronteras nacionales del Estado, en *X. y Y. v. 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”.

El Comité de Derechos Humanos ha adoptado un razonamiento similar en *Ibrahim Gueye y otros c. 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 el ejercicio por parte del Estado de la facultad de expedir un pasaporte, en *Martins contra Uruguay*, 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 derechos. La emisión de un pasaporte a un ciudadano uruguayo es claramente un asunto dentro del jurisdicción de las autoridades uruguayas y está “sujeto a la jurisdicción” de Uruguay para ese fin”.

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 son 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 donde se produjo la detención de niños y sus tutores y la medida en que el Estado de origen puede poner un fin a la vulneración de los derechos de la persona mediante el ejercicio o la denegación de 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 el 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 libertades.”

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 niñas que se encuentran en estos campamentos de desplazados internos en el noreste de Siria, 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 repatrien 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 sentencia 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 artículo), Francia no tiene la obligación de repatriar. Si bien su preocupación es clara, la ley de derechos humanos, a diferencia de los derechos 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 debidamente. La interpretación *pro persona* (derivada el principio *pro persona*), que 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 derechos. Ya en el caso *Tyrer vs. Reino Unido* 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 creados, 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.

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 era vidente 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 cuestión.¹¹⁶ 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 aplica en según qué casos, por lo ágil o no que sea en la aportación de la documentación 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 contestado, 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 convenios, 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 los Relatores Especiales de Naciones Unidas¹¹⁸ 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 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 allí. 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”. 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 los campamentos, lo que afecta los derechos de los niños de “manera directa y razonablemente previsible”. 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, previsible y graves a los que están expuestos los niños si permanecen en los campamentos, considerando la gran cantidad de niños que han ya murió 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 tercero Estado, como ha sucedido en al menos un caso, 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 casos contra Francia, el Comité de los Derechos de los Niños 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”. 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 voz— 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) que afectan directa o indirectamente a los niños. Esto cubre las acciones emprendidas por tribunales de justicia, autoridades administrativas u órganos legislativos, 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 fundamentales de la CDN. 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 procedimiento. Por lo que la evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales, los Estados deben por lo tanto explicar qué criterios han utilizado y cómo se ha sopesado el interés superior del niño frente a otras consideraciones. 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 apatridia, 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 “continúan en campamentos o centros de detención no pueden considerarse el mejor interés del niño” y pidió la repatriación de los niños y sus madres de los campamentos. 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 y el interés superior del niño como consideración primordial.” 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” 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”.

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.

10. Conclusiones

Este 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 los niños, junto con sus cuidadores principales. En la versión extendida de este trabajo se desgranar en profundidad otros argumentos legales que se consideran en para la repatriación de estos niños son: el derecho a acceder a la 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 deben 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 pertinentes de cada Estado y políticas, el estado de ratificación de las leyes internacionales y tratados europeos, así como las circunstancias fácticas específicas de sus nacionales en el campamentos. A nivel internacional, las vías legales en las que se pueden llevar a cabo estos casos incluyen: el Comité de los Derechos del Niño, el Comité de Derechos Humanos Comité, el Comité contra la Tortura⁶², y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶³. A nivel regional, posibles vías incluyen: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴, el Tribunal Europeo Tribunal de Justicia⁶⁵, y el a menudo pasado por alto Comité Europeo de Asuntos Sociales Derechos⁶⁶. 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 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.

⁶² Véase el artículo 22 de la Convención contra la Tortura.

⁶³ 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 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, alegando ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos establecidos en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶⁴ Véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *H.F. y M. F. contra Francia* de 6 mayo de 2019, disponible en línea en <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-201295%22%7D>.

⁶⁵ 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).

⁶⁶ El Comité Europeo de Derechos Sociales supervisa la implementación de la Ley Social Europea de 1961, así como su 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 Comité, incluidas las ONG internacionales registradas en el Comité Gubernamental de la Carta Social Europea: la lista de organizaciones no gubernamentales con derecho a presentar quejas colectivas (1 de octubre de 2020). Los Estados pueden también dar permiso a ONGs nacionales para presentar denuncias ante el Comité; sin embargo, Finlandia es el único Estado que lo ha hecho. Los estándares legales 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 a la no discriminación. Ver, Carta Social Europea Revisada de 1996, artículos 7.10, 11, 16 y 17. El Comité es único entre los mecanismos regionales de derechos humanos por su colectivo, porque a diferencia del mecanismo de denuncia individual, ya que es flexible y permite a los Estados decidir qué disposiciones de la Carta aceptan.