

El lado oculto del acuerdo Unión Europea-Turquía. Una mirada crítica desde la perspectiva del derecho internacional de los refugiados

The hidden side of the European Union-Turkey agreement

IGNACIO ODRIOZOLA

Abogado con orientación en Derecho Internacional Público (UBA), Maestrando en Relaciones Internacionales (UBA), Cuerpo docente de la materia Derecho Internacional de los Refugiados (Facultad de Derecho, UBA). Investigador en Proyectos UBACyT y DECYT. Empleado de la Defensoría General de la Nación. Correo electrónico: iodrizola@mpd.gov.ar

96

Resumen

Por estos días, Europa y el mundo son testigos de una crisis humanitaria tan drástica como aquella suscitada a causa de la Segunda Guerra Mundial. Los distintos focos de conflicto en Oriente Medio y el Norte de África, han provocado el desplazamiento forzado de millones de personas. Muchas de ellas, en busca de asilo, aspiran a ingresar a la Unión Europea por tierra o por mar. Frente a esto, el Consejo Europeo decidió homologar el 18 de marzo de 2016 una declaración conjunta con el presidente de Turquía, Recep Tayyip Erdogan, para hacer frente al flujo masivo de migrantes que arriban diariamente desde Turquía a Grecia,

Abstract

On these days, Europe and the world are witnessing a humanitarian crisis as drastic as that raised because of World War II. The various conflicts in the Middle East and North Africa, have led to the forced displacement of millions of people. Many of them seeking asylum, aspire to join the European Union by land or sea. Against this, the European Council decided to approve on March 18 a joint statement with the President of Turkey, Recep Tayyip Erdogan, to manage with the massive inflow of migrants who arrive daily from Turkey to Greece, the easiest access. However, the EU-Turkey Agreement, which besides having a dubious legal

la vía más accesible. Sin embargo, el Acuerdo Unión Europea-Turquía, que además de contar con una dudosa procedencia jurídica dice establecerse a los efectos de frustrar el modelo de actividad de los traficantes y ofrecer a los migrantes una alternativa a arriesgar sus vidas, posee un lado oculto que contradice ostensiblemente el Derecho Internacional de los Refugiados. Éste artículo, busca inicialmente esclarecer la naturaleza jurídica del acuerdo en cuestión y posteriormente intenta ahondar en las inconsistencias entre lo convenido entre las partes y las obligaciones asumidas en la materia en el plano internacional.

is said to be established for the purpose of thwarting the activity model of traffickers and give migrants an alternative to risk their lives, has a hidden side ostensibly contradictory with the International Refugee law. This article, initially seeks to clarify the legal nature of the agreement in question and then attempts to research the inconsistencies among the agreed between the parties and the obligations undertaken in the field at the international level.

Palabras Clave

Acuerdo Unión Europea-Turquía —
Naturaleza Jurídica — Refugiados —
Principio de No Devolución

Keywords

European Union-Turkey Deal — Legal
Nature — Refugees — Non-
Refoulment

“Europa no debería tener tanto miedo de la inmigración:
todas las grandes culturas surgieron a partir de formas de mestizaje.”

GÜNTER GRASS

Hacia el fin del Siglo XX, la República de Turquía (Turquía) pasó a formar parte de la lista de países candidatos a ingresar a la Unión Europea (Unión o UE). Desde entonces, sus políticas públicas se han visto notoriamente influenciadas por ello, en aras de seducir a los veintiocho gobiernos miembros de la Unión que deben decidir por su incorporación.

Mientras tanto, Europa, testigo directo de la mayor crisis migratoria que sufre el mundo después de la Segunda Guerra Mundial, suscitada como consecuencia de distintos focos de conflicto vigentes en Oriente Próximo y el Norte de África, alza muros e invierte cuantiosas sumas de dinero en seguridad en pos de impedir la llegada de miles de personas que, diariamente, intentan arribar al viejo continente con la aspiración de conseguir protección

internacional.

En este contexto, el 18 de marzo de 2016, los Ministros del Consejo Europeo se reunieron con su homólogo turco en Bruselas, Bélgica, para profundizar sus relaciones, reinsertar el debate sobre la inclusión de Turquía en la Unión y alcanzar un acuerdo que ponga fin al flagelo de la migración. En dicha oportunidad, se firmó la “Declaración UE-Turquía” cuyo objetivo es frustrar las actividades traficantes y ofrecer a los migrantes una alternativa a arriesgar sus vidas al pretender ingresar vía Grecia a Europa.

Esta presentación tiene el propósito de analizar de modo crítico la referida Declaración y, a tal efecto, intentaré inicialmente identificar su naturaleza jurídica. Posteriormente, haciendo a un lado los fines loables que dice perseguir, recalaré puntualmente sobre aspectos técnicos del Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) que, de antemano, parecerían ser vulnerados por ciertas disposiciones de la Declaración. Para concluir, ofreceré algunas reflexiones finales.

El Acuerdo UE-Turquía⁹⁴ ¿vinculante o una mera expresión de deseos?

Un examen autosuficiente del objeto de estudio nos obliga, de antemano, a detenernos a definir cuál es la naturaleza jurídica de este instrumento. Esto no es casual sino necesario, debido al silencio de las partes firmantes por esclarecer este asunto. Es que las dudas al respecto fueron expresadas no sólo mediante artículos publicados en revistas jurídicas y medios de comunicación, sino también a través de una pregunta parlamentaria formulada por la Eurodiputada Birgit Sippel, quien requirió al Consejo Europeo que resolviera este escollo⁹⁵. Veamos.

De inicio, ambos actores tienen la capacidad jurídica necesaria para llevar adelante la firma del Acuerdo.

Por el lado de la República de Turquía, va de suyo que este Estado soberano puede entablar relaciones legales con otros sujetos en el plano mundial y, por tanto, goza de *ius ad tractatum*, es decir, de la facultad para celebrar convenios (González Napolitano, 2015: 114). No resulta un impedimento que Turquía no haya ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena)⁹⁶, que reza en su artículo 6 “Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados”, por cuanto su carácter primario de subjetividad de Estado, le confiere poder absoluto para llevar adelante acuerdos en la arena internacional. Tampoco resulta novedoso que muchas de las disposiciones de la Convención de Viena, que en un inicio codificó y cristalizó normas generales sobre esta materia, deben ser observadas por Turquía dada su condición de normas consuetudinarias (Arredondo, 2013: 28).

Por su parte, si bien la Unión Europea antes de la adopción del Tratado de Lisboa⁹⁷ era distinguida como una entidad híbrida⁹⁸, desde la concreción del

⁹⁴A lo largo de este trabajo se hará referencia al instrumento firmado, haciendo alusión indistintamente al Acuerdo o a la Declaración.

⁹⁵Véase: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+OQ+O-2016-000053+0+DOC+XML+V0//ES> -consultado el 13/08/2016-

⁹⁶Véase: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en -consultado el 22/08/2016-

⁹⁷Celebrado el 13 de diciembre de 2007, el Tratado de Lisboa modifica el antiguo Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En su art. 46 A

Tratado precitado tiene plena personalidad jurídica constituyendo una organización internacional “dotada de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos” (Diez de Velasco, 1999: 44). A su vez, los Estados miembros decidieron encabezar en el Consejo Europeo los intereses y objetivos estratégicos de la Unión relativos a política exterior y de seguridad común, permitiéndole desarrollar relaciones preferentes con los estados vecinos (por caso, Turquía) y, concretamente, pactar con ellos convenios que incluyan derechos y obligaciones.^{99 100}

A pesar de lo expuesto, ¿por qué aun, institucionalmente, se pone en tela de juicio si éste resulta o no vinculante para la UE?

De un lado, no son escasas las opiniones que sostienen que la mencionada capacidad jurídica sumada a manifestaciones tangibles como aquella de la Comisión Europea, que realizó un comunicado relevando los progresos relativos a la implementación del Acuerdo^{101 102}, demuestran implícitamente la plena operatividad y obligatoriedad del mismo.

En esta línea, a poco de analizar el texto puede entreverse la creación mutua de derechos y obligaciones internacionales que impulsa a las Partes a cumplirlo y a observarlo de buena fe. Además, la denominación que se ha utilizado para designar al instrumento en cuestión no parecería ser un obstáculo para descartar su condición de tratado. Es que, si bien ha sido nombrado indistintamente “Acuerdo” o “Declaración”, lo cierto es que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha sido clara en cuanto a la falta de importancia que debe atribuirse a las denominaciones que pudiera recibir el documento¹⁰³ pues, para determinar si un documento es un tratado, deben considerarse tanto sus términos como las circunstancias particulares en que fue redactado¹⁰⁴. Así, de una simple lectura del Acuerdo se entrevé, a modo de ejemplo, que Turquía se compromete a tomar todas las medidas necesarias para evitar que se abran nuevas rutas marítimas o terrestres de migración ilegal mientras que la UE se obliga liberar del visado exigido a los ciudadanos turcos hacia julio de 2016, decisión prorrogada posteriormente.¹⁰⁵

Finalmente, el carácter vinculante del Acuerdo se identifica al denotar que el

establece: La Unión tiene personalidad jurídica.

⁹⁸Veáse: BOULOUIS, JEAN, *Droit Institutionnel de l' Union européenne*, Montchrestienm Paris, 6° Ed, 1997, p. 45

⁹⁹Arts. 7 bis y 10 B (incisos 1 y 2), Tratado de Lisboa, Lisboa (Portugal), 2007. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT#g-001> -consultado el 13/08/2016-

¹⁰⁰El Acuerdo ha sido firmado, de un lado, por el Presidente turco, Recep Tayyip Erdogan, capacitado conforme al derecho internacional, a obligar a su país. Por la UE, el Consejo Europeo, órgano compuesto por los Ministros de los Estados Parte, tiene la facultad, conferida estatutariamente para hacerlo.

¹⁰¹Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “First Report on the progress made in the Implementation of the EU-Turkey Statement”.20 de Abril de 2016.

¹⁰²CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado), Informe relativo al Acuerdo Unión Europea - Turquía, adoptado el 18 de marzo de 2016 y las consecuencias de su aplicación en los derechos de la personas migrantes y refugiadas, Mayo 2016, P. 1

¹⁰³CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahreín* (Qatar c. Bahreín), Fallo 15/02/1995, parág. 23-25

¹⁰⁴CIJ, *Plataforma continental del Mar Egeo* (Grecia c. Turquía), Fallo 19/12/1978, parág. 96

¹⁰⁵Declaración de UE-Turquía, Punto 3 y 5, Comunicado de Prensa 144/16, 18 de marzo de 2016

instrumento cumple con exigencias propias de un tratado internacional puesto que ha sido celebrado por “escrito”, siendo abarcado por la definición formal de “Tratado”, según la mencionada Convención de Viena que, reitero, forma parte de la costumbre internacional¹⁰⁶. Asimismo, de ceñirnos a las diversas clasificaciones propuestas por la doctrina internacional, podríamos decir que: a) según el número de sujetos intervinientes, es un instrumento “bilateral”; b) según el criterio para la incorporación de terceros, es un acuerdo “cerrado” a la UE y Turquía; c) según la forma de celebración, resulta ser de tipo “simple” —puntualmente “acuerdo presidencial”— y d) según su objeto, es “contractual” toda vez que regula el modo en que se llevará a cabo un negocio jurídico concreto (González Napolitano, 2015: 118-120). Por último, el Acuerdo entró en vigor el 20 de marzo de 2016.

No obstante lo hasta aquí expuesto, y aun cuando pudiera creerse que la cuestión está zanjada, se han ensayado distintos argumentos que ponen en tela de juicio la naturaleza jurídica y la propia ejecución del Acuerdo. Entre otras cosas se ha indicado, además de que trata de una mera declaración con alcance *soft law*¹⁰⁷, que la repercusión del Acuerdo sobre la partida presupuestaria debió haber exigido —cuanto menos— el visto bueno *ex ante* del Parlamento Europeo (Parlamento o PE). En efecto, a juzgar por lo convenido con Turquía, la UE “acelerará el desembolso de 3000 millones de euros (...) y garantizará la financiación de más proyectos”¹⁰⁸ muy a pesar de que el mismo Consejo Europeo, en noviembre de 2015, aprobó el presupuesto destinado a la “crisis migratoria” por un total de 4000 millones de euros.¹⁰⁹

A su vez, la importancia de requerir la conformidad del Parlamento se resalta al considerar que es el órgano que representa a la ciudadanía europea pero, por sobre todo, teniendo en cuenta que desde finales de 1970 el Parlamento ha jugado un rol preponderante en la promoción de los derechos humanos como componente integral de las políticas internas y externas de la UE.¹¹⁰

Por si ello fuera poco, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su apartado relativo a la Ayuda Humanitaria, señala que la Unión prestará asistencia a las poblaciones de los terceros países que sean víctimas de catástrofes de origen humano y, a tal efecto, el PE y el Consejo establecerán mediante un procedimiento legislativo las medidas que determinen prudentes para llevar a cabo las acciones necesarias. Estas, deberán estar en línea con

¹⁰⁶Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 2.1 a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

¹⁰⁷Se las considera “normas ligeras”, dúctiles o blandas, en el sentido de falta de eficacia obligatoria *per se*, carencia que no impide sin embargo que gocen de cierta eficacia jurídica gracias a la influencia que ejercen, derivada de la capacidad de persuasión sobre los Estados, instituciones comunitarias y los individuos. Conforme: http://www2.uca.es/grup-invest/sej-352/expert-UNIDAD_9_DE_MAYO_2005.pdf

¹⁰⁸*Supra* Nota 15, Punto 6

¹⁰⁹Para mayor información dirigirse a: <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-annual-budget/2016/> -consultado el 14/10/2016-

¹¹⁰The European Parliament, The Jean Monet Center for International and Regional Economic, Law & Justice. Disponible en; http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/99/990112.html#P483_129377 - consultado el 10/10/2016-

los principios de imparcialidad, neutralidad y no discriminación.¹¹¹ Entonces bien, más allá de que el Acuerdo negociado por el Consejo Europeo cumplimenta con los caracteres exigidos por el derecho internacional para asociarlo a un tratado cuyos términos son obligatorios, no puede dejar de destacarse que, de antemano, adolece del respaldo de una institución trascendental como lo es el Parlamento en el entramado funcional de la Unión. Además, si bien el Consejo Europeo está facultado para establecer la política exterior y de seguridad común que desarrollará la UE, lo cierto es que la materia que aborda la Declaración, es decir, cómo hacer frente a los incesantes flujos de refugiados, parecería representar un tema de agenda del PE, quien tiene —incluso— la capacidad legislativa de adoptar medidas relativas a ayuda humanitaria en el marco de la UE.

Breve reseña sobre nociones básicas del Derecho Internacional de los Refugiados (DIR)

En todas las épocas y rincones del mundo, millones de personas se han visto obligadas a abandonar sus hogares por una multiplicidad de razones. No obstante, recién en el Siglo XX, las consecuencias de dos Guerras Mundiales propiciaron que el derecho internacional reconociera la necesidad de elaborar una respuesta jurídica de protección para algunas de las víctimas del desplazamiento humano (Contarini & Letieri, 2012:301). En este contexto, se adoptó en Ginebra, Suiza, la carta fundamental en materia de asilo: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (CER o Convención de Refugiados). En dicha ocasión, los estados signatarios se comprometieron a realizar “cuanto les sea posible” para garantizar a estos grupos vulnerables “el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales”.¹¹²

Desde entonces, se considera que será pasible de recibir el *status* de refugiado, aquella persona que sea alcanzada por las “cláusulas de inclusión”; ello es, que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él.^{113 114}

Es importante señalar que hay tres matrices sobre las que se enarbola el DIR. En primer término, el “derecho a buscar asilo”, implica la posibilidad de que una persona pueda abandonar su país en pos de petitionar protección,

¹¹¹Art. 214.1 y Art. 214.3, Capítulo 3, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> -consultado el 27/10/2016-

¹¹²Preámbulo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951, Ginebra (Suiza)

¹¹³Art. 1.A.2 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

¹¹⁴En la reseña de los requisitos necesarios para alcanzar la condición de refugiado, se obvió agregar la limitación temporo-espacial que indica que, podrán gozar de tal *status*, aquellas personas que abandonen su país en virtud de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951, en Europa. Posteriormente, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York en 1967, suprimió la limitación referida, permitiendo que la definición de Refugiado sea aplicable en cualquier lugar y en cualquier momento.

considerándose este derecho como un prerequisite para alcanzar la referida protección¹¹⁵. En segundo término, el “derecho a recibir asilo”, significa que la persona debe gozar de un trato digno, siendo aquí preponderante el “derecho de no discriminación”¹¹⁶ pero, y por sobre todo, la prevención de “sanción por ingreso irregular”, es decir, la prohibición de castigar a aquél que en la necesidad por escapar de su país de origen se vio impedido de cumplimentar las normativa migratoria¹¹⁷. Por último, contamos con el “derecho a disfrutar el asilo”, entendiéndose por ello que la persona no sea objeto de medidas que alteren su pacífica permanencia en el país receptor y, puntualmente, de acciones contrarias a la “no expulsión”, regla general que restringe expulsar a cualquier persona refugiada cuya permanencia en el territorio haya sido autorizada.¹¹⁸

Por último, este campo de estudio se encuentra surcado por el principio de “no devolución” (*non-refoulement*), piedra angular del DIR que prohíbe a las autoridades del país receptor devolver a un individuo al país de persecución (retorno directo) o a un tercer país (retorno indirecto) donde su vida o su libertad podrá correr peligro, después de que haya solicitado asilo, se encuentre pendiente su decisión o mientras haya requerido la condición de refugiado, encontrándose en la frontera luego del arribo de una afluencia masiva de personas (Martínez Monge, 2012:30). Con justicia, podría decirse que este principio no es absoluto para el DIR, en tanto la CER establece en su art. 33.2 que, excepcionalmente, cuando haya motivos fundados, no será aplicable a aquél solicitante de asilo que pueda representar un peligro para la seguridad del país o que haya sido condenado por un delito particularmente grave.

Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) actúa como salvaguarda. Por eso, vale recordar que la convergencia entre la protección internacional de ambas vertientes ya no se limita al plano conceptual o normativo, sino que se extiende también al plano operacional (Cançado Trindade, 1996: 336). De esta forma, se impide la devolución de “cualquier persona”, más allá de las circunstancias que lo motiven, y aún a pesar de no merecer la protección internacional, cuando esté en riesgo su vida, libertad o integridad personal. Por último, este principio cardinal forma parte integrante del derecho consuetudinario internacional, con carácter de norma imperativa o *ius cogens*¹¹⁹, debiendo ser respetado por todos los estados, independientemente de que formen parte o no de la CER.¹²⁰

Así las cosas, dado que el propósito del trabajo es focalizarse en el Acuerdo UE-Turquía y sus efectos con relación al DIR, no habrá espacio en esta presentación para realizar un estudio profundo de la evolución histórica e instrumental de la disciplina o bien para interiorizarnos pormenorizadamente

¹¹⁵CIDH, *Álvarez Hernández c. Cuba*, Resolución N° 11/82 del 8 de marzo de 1982, Caso N° 7898. En esta oportunidad, la Comisión señaló que la negativa de las autoridades de un país a permitir la salida de sus nacionales vulnera el art. XXVII de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

¹¹⁶*Supra*, Nota 20, Art. 3

¹¹⁷*Supra*, Nota 20, Art. 31.

¹¹⁸*Supra*, Nota 20, Art. 32

¹¹⁹TEDH, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, Demanda 27765/09, Sentencia del 23 de febrero de 2012, parág. 23

¹²⁰ACNUR, Los Derechos Humanos y la Protección de los refugiados, Módulo autoformativo 5, Volumen II, Ginebra, Suiza, 15 de diciembre de 2006, p. 61

en aspectos técnicos, por fuera de aquellos reseñados en los párrafos precedentes que resultan relevantes al objeto de estudio.¹²¹

Una mirada crítica desde una perspectiva jurídica: ¿refugiados o repulsados?

Al introducir esta presentación destaqué que el Acuerdo UE-Turquía, permite suponer *a priori* la persecución de fines encomiables: persigue el objetivo de frustrar las actividades traficantes y ofrecer a los migrantes una alternativa a ingresar vía Grecia a Europa. No obstante, a poco de ahondar en los párrafos subsiguientes comienzan a evidenciarse inconsistencias entre lo acordado y la normativa vigente en materia de protección internacional. A continuación, haré hincapié en cuatro puntos concretos de la Declaración que, invariablemente, están relacionados.

a) Acerca de la (no) sanción por ingreso ilegal y la (no) devolución

Por empezar, el instrumento en cuestión establece que cualquier migrante llegado de manera irregular a Grecia, después del 20 de marzo, y cuya solicitud haya sido declarada inadmisibile, será retornado a Turquía.¹²²

Al examinar el primer punto de estudio, debemos enfocarnos particularmente en el “migrante irregular” que ingresa a Grecia y que puede ser “devuelto a Turquía” llegado el caso en que su solicitud sea “resuelta por la inadmisibilidad”.

De antemano parece antojadizo suponer que un individuo desplazado forzosamente ingresará al continente europeo con sus papeles en regla. No obstante, esta suposición pierde importancia cuando a ello se agrega que esa persona será sancionada por ingresar de forma ilegal a Grecia.

Hemos dicho que el predicamento en el que se encuentra la persona hace que la inobservancia de las reglas migratorias sea considerado un acto de necesidad y que, en ese estado, la sanción resulte improcedente (Martínez Monge, 2012:24). Pero además, debe aclararse que si bien el art. 31 de la Convención de Refugiados sólo prohíbe la sanción del migrante que proviene “directamente” del territorio donde su vida o libertad corre peligro, al realizar una interpretación teleológica de la norma vemos que no se requiere tal extremo, sino que debe aplicarse también cuando los migrantes pasan por otros países o territorios en los cuales enfrentaron o podrían enfrentar la amenaza de ser devueltos (ACNUR 2006:88).

La sanción que puede recibir el solicitante de asilo comúnmente es entendida como una detención o penalización, extremo que es —al menos parecería— descartado tácitamente en el Acuerdo. Sin embargo, esta sanción puede mutar en un trato jurídico, político y socialmente desfavorable por la mera presencia en el país donde se es considerado ilegal (ACNUR, 2006:89). En este sentido, el castigo que recibe la persona se efectiviza con su expulsión o devolución a Turquía, pues tal como se desprende del Acuerdo, el mero hecho de que la solicitud sea declarada inadmisibile da pie para ejecutar el retorno

¹²¹ Para más información ver: ACNUR, Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, Suiza, Enero de 1988; ACNUR Oficina Regional para el Sur de Sudamérica, Directrices sobre Protección Internacional, Buenos Aires, Argentina, Diciembre de 2007, entre otros.

¹²² *Supra*. Nota 12, parág. 1,

de la persona.

Este último punto, me obliga a detenerme —nuevamente— en el principio de “no devolución”. El Acuerdo se jacta de que “Todos los migrantes” estarán protegidos de conformidad con este principio; pero no aclara si es que lo estarán aquellos migrantes irregulares que deban ser “retornados” a Turquía porque sus solicitudes no fueron admitidas. Evidentemente, el instrumento da por sentado que debe expulsarse a quienes no cumplen con las cláusulas de inclusión, soslayando que la prohibición de retorno, desde una perspectiva de los derechos humanos, también protege a este grupo de personas.

En rigor, dijimos que el *non-refoulement*, impide la expulsión al país de origen e, indirectamente, a otro Estado en que pueda sufrir afectaciones a su vida, libertad o integridad física. Es decir, aun cuando la persona no merezca la condición de refugiado por representar un peligro para la seguridad o una amenaza para la comunidad del país¹²³, el sentido dual que ostenta este principio los protege desde la óptica del DIDH a través de distintos instrumentos internacionales en la materia; a saber, el art. 3 del CEDH que impide la expulsión cuando se hay razones sustanciales para creer que existe un riesgo real de recibir un trato prohibido por parte del Estado receptor o de actores no estatales¹²⁴, o bien, como el art. 3 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que prohíbe la devolución de toda persona pasible de sufrir actos de tortura o de otra índole que afecten su integridad personal o el derecho a la vida¹²⁵, y los arts. 6 y 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que ampara a toda persona solicitante de asilo que pueda sufrir, a raíz de su devolución, un daño irreparable o un trato cruel, sea en el país de expulsión o en cualquier país en que la persona vaya a ser posteriormente expulsada.¹²⁶

104

b) Acerca de Turquía como “país seguro”

¿Puede considerarse al Estado turco un “primer país de asilo” o un “tercer país seguro” para los refugiados? Según la Directiva 2013/32/UE del Parlamento y del Consejo Europeo, el mote de “primer país de asilo” alcanza a aquellos estados en que el solicitante ha sido reconocido como refugiado y puede aún acogerse a dicha protección, o bien, será primer país de asilo aquel en que pueda gozarse de protección suficientes, mientras que el Estado se acoja al principio de no devolución¹²⁷. Por su parte, el art. 38 de la misma Directiva señala que el concepto de “tercer país seguro” es aplicable cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que el solicitante de protección internacional recibirá en él, un trato que asegure que su vida o su libertad no están amenazadas por los motivos de la cláusula de inclusión, no haya riesgo de daños graves tal como se definen en la Directiva 2011/95/UE,

¹²³*Supra*, Nota 20, Art. 33.2

¹²⁴TEDH, *Salah Sheekh c Paises Bajos*, Demanda 1948/05, sentencia del 11 de enero de 2007; *Hilal c. Reino Unido*, Demanda 45276/99, sentencia del 6 de marzo de 2001.

¹²⁵OHCHR Discussion Paper, *Expulsions of aliens in international human rights law*, September 2006, p.7

¹²⁶Observación General N° 31 del Comité de Derechos Humanos, 80° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225, 2004, parág. 8

¹²⁷Art. 35 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, del 29 de junio de 2013, disponible en:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9260.pdf?view=1>

se respeta el principio de no devolución y la prohibición de expulsión, o existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ya ser refugiado, recibir protección con arreglo a la CER.¹²⁸

Existen diversas razones para echar por tierra la idea de que Turquía puede ser considerado un país seguro bajo cualquiera de las dos acepciones reseñadas. En primer término, el mismo Consejo de Europa llegó a la conclusión de que, en las circunstancias actuales, Turquía no puede ser calificado como un “tercer país seguro”¹²⁹. Por su parte, un informe elaborado por la Comisión Española de Ayuda al Refugiados (CEAR) destaca que el Estado turco fue denunciado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2.899 casos y, habiéndose dictado resolución sobre el fondo del asunto en 110, Turquía fue condenado en 94 ocasiones por violar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹³⁰. Asimismo, el Estado en cuestión excluyó de la protección internacional a personas “no europeas”¹³¹ y, más aún, mantuvo la reserva con relación a que ninguna de las disposiciones de la Convención puede interpretarse en favor de garantizar mejores derechos a los refugiados por sobre aquellos que merecen los ciudadanos turcos¹³². Tampoco ha ratificado el Protocolo N° 4 del CEDH, que prohíbe las expulsiones colectivas¹³³ y, en rigor, Amnistía Internacional ha documentado devoluciones masivas de sirios, desde Turquía hacia Siria.¹³⁴

Por último, y no menos importante, desde el pasado 21 de julio rige el Estado de Emergencia, refrendado por el Parlamento Turco, que implicó la suspensión de la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos¹³⁵ por el término de cuatro meses, decisión prorrogada por el mismo plazo el pasado 19 de octubre¹³⁶.

c) Acerca de la (no) discriminación

Seguidamente, el Acuerdo destaca que por cada uno de los sirios que ingresan a Grecia y sean devueltos a Turquía, la UE se comprometerá a reasentar en su territorio a un refugiado sirio que se encuentre en Turquía.¹³⁷

El “uno por uno” que propugna el Acuerdo, discrimina a personas de otras nacionalidades. En este sentido, al menos hacia febrero de 2016, sobre 57 mil migrantes que arribaron a Grecia provenientes de Turquía, 52 % eran sirios y

¹²⁸Supra, nota 34, Art. 38

¹²⁹EUROPEAN COUNCIL, “*The situation of refugees and migrants under the EU-Turkey Agreement of 18 March 2016*”, 19 de Abril de 2016

¹³⁰CEAR (2016:5). Turquía ha ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos el 18 de mayo de 1954.

¹³¹Turquía ha ratificado el Protocolo a la Convención del Estatuto de los Refugiados que deja a un lado el límite geográfico impuesto en la Convención de 1951, que establecía que sólo podían recibir la condición de refugiado aquellas personas provenientes de Europa, pero, justamente, hizo reserva de esta misma disposición (art. 1.3 del Protocolo).

¹³²Para mayor información: <https://www.loc.gov/law/help/refugee-law/turkey.php>

¹³³Protocolo N° 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 4 “Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”. Estrasburgo (Francia), 16 de septiembre de 1963

¹³⁴<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2016/04/turkey-illegal-mass-returns-of-syrian-refugees-expose-fatal-flaws-in-cu-turkey-deal/> -consultado el 24/08/2016-

¹³⁵Para mayor información dirigirse a: <http://www.elmundo.es/internacional/2016/07/21/5790afecca4741943a8b4581.html>

¹³⁶Para mayor información dirigirse a: <http://www.telam.com.ar/notas/201610/165503-turquia-estado-emergencia-90-dias-extiende-erdogan-intento-fallido-golpe-estado.html>

¹³⁷Supra, Nota 12, parág. 2

41% afganos e iraquíes (25 y 16 por ciento, respectivamente) sin contar a paquistaníes y eritreos entre otros¹³⁸. Esto significa que al margen de los sirios que serán reasentados, aquellos migrantes provenientes de Afganistán o Irak cuya solicitud de asilo sea rechazada serán devueltos al Estado turco sin importar su situación particular.

De esta forma el Acuerdo contradice ostensiblemente el derecho a la “no discriminación”, por cuanto que individuos en situaciones semejantes de desplazamiento forzado son distinguidos en flagrante contradicción con el art. 3 de la Convención de Refugiados, que establece que las disposiciones que de ella emanan serán aplicables sin discriminación “por motivos de país de origen” y, peor aún, contrariando el mismo objeto y fin de la Convención que favorece la petición de asilo a “Toda persona”.

Por si fuera poco, el derecho a la “no discriminación”, además de ser acogido universalmente en distintos instrumentos de derechos humanos¹³⁹, también lo es en el ámbito de la UE. De hecho, el Art. 18 del Tratado de Funcionamiento prohíbe toda discriminación en razón de la nacionalidad, mientras que en su segundo párrafo agrega que son el Parlamento y el Consejo los encargados de establecer la regulación necesaria para evitar acciones de esta naturaleza. Un motivo más por el cual hubiera sido fundamental la intervención del Parlamento y no una decisión inconsulta del Consejo Europeo.

Por lo demás, la discriminación directa ha sido interpretada de manera pacífica por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en cuya jurisprudencia asentó que no debe existir “una diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares”, y para resolver si esta situación se presente, indicó que ello debe deducirse “a partir de características identificables”.¹⁴⁰

Nada hace suponer que un afgano, un iraquí, un paquistaní o una persona de la nacionalidad que sea, que abandona su país de origen en razón de un conflicto armado o por ser perseguido por algunos de los motivos que refieren las cláusulas de inclusión, se encuentre en una situación disímil a un sirio: todos son desplazados forzados por igual, siendo la necesidad de una vida mejor aquello que los impulsó a huir.

d) Acerca de las garantías del debido proceso

Finalmente, el Acuerdo establece que serán las autoridades griegas quienes llevarán adelante el registro y estudio de cada solicitud de asilo.¹⁴¹

Según las Comunicaciones publicadas por la Comisión Europea, los solicitantes de asilo en Grecia serán objeto de un procedimiento acelerado, en virtud del cual no procederá a analizarse el fondo del asunto. Así, este procedimiento

¹³⁸COLLET, ELIZABETH, “*The Paradox of the UE-Turkey Refugee Deal*”, Migration Policy Institute (MPI), marzo de 2016, disponible en: <http://www.migrationpolicy.org/news/paradox-eu-turkey-refugee-deal>

¹³⁹Declaración Universal de los Derechos Humanos Arts. 1,2,7, 23, Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales Art. 2, 3, 7, y 13, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Art. 2, 3, 14, 23, 24, 26 y 27, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Art. 2, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16, Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial Art. 2, 5, y 7, Convención de los Derechos de Niño, Art. 2, 28 y 30, *inter alia*.

¹⁴⁰TEDH, *Carson y otros c. Reino Unido* [GC] (n.o 42184/05), 16 de marzo de 2010; párr. 61. TEDH, *Burden c. Reino Unido* [GC] (n.o 13378/05), 29 de abril de 2008, párr. 60

¹⁴¹*Supra*, Nota 12, parág. 1

superfluo permitirá declarar inadmisibles la petición de protección cuando se considere que un tercer país (Turquía) efectuará un examen profuso (CEAR, 2016:3).

De ello se desprende una flagrante vulneración del derecho al debido proceso que detenta todo peticionante de refugio. No sólo la CER requiere que, individualmente, los solicitantes de asilo tengan acceso a un proceso de estudio justo y efectivo, con mecanismos de apelación contra decisiones negativas¹⁴², sino también, la propia CIJ ha sentado, con relación a los principios aplicables al procedimiento, que “las presunciones de hecho o indicios o pruebas circunstanciadas son admitidas en todos los sistemas jurídicos del mundo”¹⁴³, siendo el debido proceso una fuente de derecho internacional¹⁴⁴ que debe respetarse bajo cualquier precepto.

Asimismo, los antecedentes de Turquía relativos a la gestión necesaria para determinar la condición de refugiado no resultan muy auspiciosos. El TEDH, en el caso *Jabari c. Turquía*, condenó a este último por violar los arts. 3 y 13 de la CEDH, tras haber declarado inadmisibles una solicitud de asilo, emitir una orden de expulsión e impedir el derecho a recurrir tal decisión, a una ciudadana iraquí que se presentó ante las autoridades pertinentes por fuera del plazo de cinco días estipulado por la normativa para requerir asilo.¹⁴⁵

En esta misma línea, y teniendo en cuenta el examen relativo a las condiciones de Turquía como país de asilo, el debido proceso obliga a la autoridad a realizar una evaluación individual y circunstanciada de cada peticionante. La celeridad en el estudio particular no sólo contradice la Directiva 2011/95/UE¹⁴⁶, en que se detalla cómo debe ser el exhaustivo examen que deben llevar a cabo las autoridades previo a determinar la procedencia o inadmisibilidad de cada solicitud, sino también puede significar obviar la situación actual del país de retorno y conllevar, conforme al Acuerdo, la devolución de un migrante irregular a Turquía, donde sus derechos individuales estarán en riesgo (CEAR, 2016:4). Por caso, cabe preguntarse qué ocurriría si, en la situación actual de Turquía, un kurdo proveniente de Siria arriba a Grecia y su solicitud es declarada inadmisibles.

En definitiva, este último punto confirma una práctica contradictoria con la normativa vigente en Europa, en tanto se ha empoderado a las autoridades de la República Helénica a determinar con ligereza quienes merecen la protección internacional de la UE, cuando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en vigencia desde diciembre de 2009, ha venido a suplir las interpretaciones domésticas relativas al DIR, por aquellas que se basan en esta ley supranacional (Dorig, 2013:149) y que garantizan, a toda persona, el derecho al asilo y a la protección contra la devolución, expulsión y extradición.¹⁴⁷

¹⁴²*Supra*, Nota 20, Art. 16

¹⁴³CIJ, *Canal de Corfú* (Reino Unido c. Albania), Fallo 09/04/1949, CIJ Recueil p. 18

¹⁴⁴Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 38.1.C)

¹⁴⁵TEDH, *Jabari c. Turquía*, Demanda 40035/98, Sentencia del 11 de julio de 2000, parág. 39 y 40.

¹⁴⁶Art. 4 (3), Directiva 2011/95/UE. Este artículo desarrolla minuciosamente todos los aspectos que deben ser tenidos presentes en la ocasión en que se evalúa la petición de asilo y, además, agrega que el haber sufrido persecuciones serias constituye un indicio serio para resolver en favor del solicitante de refugio.

¹⁴⁷*Supra*, Nota 20, arts. 18 y 19 respectivamente.

Reflexiones finales

El primer derecho para los migrantes debiera ser el derecho de no emigrar. Ello se alcanzaría mediando la existencia de condiciones que hagan posible la libertad de elegir. Una verdadera política migratoria debiera empezar por actuar sobre las causas de esa desigualdad¹⁴⁸.

Sin embargo, cuando situaciones de origen humano impiden el ejercicio al derecho a no emigrar, es la solidaridad internacional, a la cual se han sujeto estos actores, la que debe primar. Tal como sugiere el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), las soluciones se deben encontrar en un enfoque integral con énfasis en “la necesidad de respuestas comprehensivas y multisectoriales”.

El lado oculto del Acuerdo UE-Turquía deja al descubierto los intereses geopolíticos que persiguen ambas partes y cómo ellos se sobreponen a obligaciones humanitarias elementales. Turquía, ansiosa por entrar en la Unión, pierde de vista que representará, por tercer año consecutivo según datos del ACNUR, el país que acoge la mayor cantidad de refugiados en el mundo, a la par en que su situación política interna la lleva a decretar el Estado de Emergencia y suspender la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Por su parte, la UE, atemorizada por el aumento de la retórica del miedo, el ascenso de sentimientos nacionalistas y de los partidos reaccionarios en las encuestas, sumado a su incapacidad para hacer frente al flujo migratorio, producto de una crisis que en gran parte ella ha generado, olvida los cimientos sobre los que se pactó *Schengen* y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, dando cuenta que el *talk* normativo no se condice con la *action* política.

Además, el Acuerdo adolece del respaldo de la ciudadanía europea. El aval del Parlamento hubiese significado un paso previo y necesario, más allá de cualquier cuestión de procedimiento, para respaldar o eventualmente descartar la decisión adoptada. No puede subsumirse semejante arreglo a la voz de unos pocos.

Desde ya, no escapo a que podría realizarse un análisis más profundo y exhaustivo sobre el acuerdo en cuestión. Sin embargo, considero que el presente ha sido suficiente para evidenciar las violaciones más palpables en lo que respecta a normas básicas del DIR y del DIDH. En tiempos en que los medios de comunicación, al igual que las autoridades de la UE, reposan sus ojos en cifras o estadísticas que expresan la “disminución” de los flujos de migrantes que arriban al continente, poco se ha hecho por examinar las consecuencias jurídicas que traería el anuncio en lo tocante a la protección internacional.

Se ha soslayado que las razones que empujan a las personas a abandonar sus hogares son tan (o más) tenaces que las medidas que se adoptan para evitar su arribo a Europa. La crisis humanitaria no se resolverá fomentando el aumento de políticas deletéreas sino intentando poner fin, con diplomacia, negociación y escrúpulos morales, a las causas estructurales que impulsan

¹⁴⁸De Lucas, Javier. “Tras la conmoción por los refugiados, un riesgo que es una paradoja”. Al revés y al derecho. 05/09/2015. Disponible en: <http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=3883>

—sino es que obligan— a las personas a desplazarse forzosamente: conflictos armados, pobreza extrema, desigualdad social o violaciones sistemáticas de derechos humanos, por mencionar sólo algunas.

Probablemente sean las palabras del escritor francocanadiense, Yann Martel, aquellas que sirvan de ejemplo para recordar cuál es la raíz de los grandes desplazamientos humanos que hoy día Europa resiste: “¿Por qué hay gente que se cambia de país? ¿Qué la empuja a desarraigarse y dejar todo lo que ha conocido por un desconocido más allá del horizonte? ¿Qué le hace estar dispuesta a escalar semejante Everest de formalidades que le hace sentirse como un mendigo? ¿Por qué de repente se atreve a entrar en una jungla foránea donde todo es nuevo, extraño y complicado? La respuesta es la misma en todo el mundo: la gente se cambia de país con la esperanza de encontrar una vida mejor”.

Bibliografía

Doctrina

ARREDONDO, RICARDO (2013), “Las Fuentes del Derecho Internacional”, en ARREDONDO, RICARDO (ED) *Manual de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. La Ley

CONTARINI, EUGENIA Y LETIERI, MARTIN, (2012) “Protección Internacional de Refugiados: alcances y desafíos en la actualidad”, GUTIERREZ POSEE, H. *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.

DIEZ DE VELASCO, MANUEL (1999), *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 11° Ed.

DÖRIG, HARALD (2013), “Geneva Convention in Germany and Europe”, SIMEON, JAMES, *The UNHCR and the supervision of International Refugee Law*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press

GONZALEZ NAPOLITANO, SILVINA S. (2015), “Derecho de los Tratados (Primera Parte)”, en GONZALEZ NAPOLITANO, SILVINA S. (ED), *Lecciones del Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. Erreius

MARTINEZ MONGE, FEDERICO, (2012) “El asilo como fundamento de la protección de los refugiados”, LETTIERI, MARTÍN, *Protección Internacional de los Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Ed. UNLa,

Instrumentos internacionales

DECLARACIÓN UE-TURQUÍA, Bruselas, Bélgica, 2016

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Viena, Austria, 1969

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, Ginebra, Suiza, 1951

PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, Nueva York, Estados Unidos, 1967

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Roma, Italia, 1950

PROTOCOLO N° 4 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Estrasburgo, Francia, 1963

TRATADO DE LISBOA, Lisboa, Portugal, 2007

TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA, Bruselas, Bélgica, 2010.

ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, San Francisco, Estados Unidos, 1945

Jurisprudencia

CIJ, *Plataforma continental del Mar Egeo* (Grecia c. Turquía), Fallo 19/12/1978

CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Fallo 15/02/1995

CIJ, *Canal de Corfú* (Reino Unido c. Albania), Fallo 09/04/1949

TEDH, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, Demanda 27765/09, Sentencia del 23 de febrero de 2012

TEDH, *Salah Sheekh c Países Bajos*, Demanda 1948/05, sentencia del 11 de enero de 2007

TEDH, *Hilal c. Reino Unido*, Demanda 45276/99, sentencia del 6 de marzo de 2001.

TEDH, *Jabari c. Turquía*, Demanda 40035/98, Sentencia del 11 de julio de 2000.

TEDH, *Carson y otros c. el Reino Unido*, Demanda 42184/05, Sentencia del 16 de marzo de 2010

TEDH, *Burden c. el Reino Unido*, Demanda 13378/05), Sentencia del 29 de abril de 2008

CIDH, *Álvarez Hernández c. Cuba*, Caso N° 7898, Resolución N° 11/82 del 8 de marzo de 1982,

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 31, 80° período de sesiones, U.N. Doc.

HRI/GEN/1/Rev.7 at 225, 2004

Manuales

ACNUR, *Los Derechos Humanos y la Protección de los refugiados*, Módulo autoformativo 5, Volumen II, Ginebra, Suiza, 15 de diciembre de 2006

Informes

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, *Informe relativo al Acuerdo Unión Europea - Turquía, adoptado el 18 de marzo de 2016 y las consecuencias de su aplicación en los derechos de la personas migrantes y refugiadas*, Madrid, Mayo 2016

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO “*First Report on the progress made in the*

Implementation of the EU-Turkey Statement”, Bruselas, Abril de 2016

EUROPEAN COUNCIL, “*The situation of refugees and migrants under the EU-Turkey Agreement of 18 March 2016*”,

19 de abril de 2016

Notas en la web

COLLET, ELIZABETH, *The Paradox of the UE-Turkey Refugee Deal*, Migration Policy Institute (MPI), Marzo de

2016, disponible en: <http://www.migrationpolicy.org/news/paradox-eu-turkey-refugee-deal>

OHCHR, *Discussion Paper, Expulsions of aliens in international human rights law*, Geneva, September 2006

<http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/Discussion-paper-expulsions.pdf>

DE LUCAS, JAVIER. “Tras la conmoción por los refugiados, un riesgo que es una

paradoja”. Al revés y al derecho.
05/09/2015. Disponible en: <http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=3883>