



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.5 Colombia (CC BY-NC-SA 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.5 Colombia (CC BY-NC-SA 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Compartir bajo la Misma Licencia — Si altera o transforma esta obra, o genera una obra derivada, sólo puede distribuir la obra generada bajo una licencia idéntica a ésta.

SOBERANÍA NACIONAL VS COLABORACIÓN ENTRE ESTADOS: CRISIS MIGRATORIA EN LA UNIÓN EUROPEA¹.

²Lady Tatiana Castillo Villanueva Email:ltcastillo65@ucatolica.edu.co
Universidad Católica de Colombia

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar el impacto generado por la llamada crisis migratoria en la U.E., presentándose esta como una situación que continúa generando modificaciones en los cimientos de la U.E, que incentiva la creación de nuevos postulados que ayuden a solventar los posibles vacíos e irregularidades, así como por supuesto impulsa a reflexionar sobre la modificación de las ya existentes normativas migratorias. Para este fin, se estudiarán los principios que conforman a la U.E, así como las corrientes clásicas de *hard law* y *soft law* y como estas se hacen presentes en las normativas de la U.E, evidenciando unos resultados histórico-políticos que manifiestan una influencia directa ante la exigencia de cambio normativo que permita a los países miembros un control, inspección y vigilancia detallado ante la excesiva migración.

PALABRAS CLAVE

Soberanía, Migración, Colaboración Internacional, Derechos Fundamentales, Normativas, Unión Europea.

¹ Artículo de investigación presentado como requisito para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría de la DRA. Lucía Picarilla, docente de la facultad de derecho.

² Estudiante en proceso de grado de la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil 2110365 y correo electrónico ltcastillo65@ucatolica.edu.co

ABSTRACT

This work aims to analyse the impact generated by the so-called migration crisis in the EU, presenting this as a situation that continues to generate changes in the foundations of the EU, which encourages the creation of new postulates that help to solve possible gaps and irregularities, as well as, of course, it encourages us to reflect on the modification of the already existing immigration regulations. For this purpose, the principles that make up the EU will be studied, as well as the classic currents of hard law and soft law and how they are present in EU regulations, evidenced by historical-political results that manifest a direct influence before the requirement of regulatory change that allows member countries detailed control, inspection and surveillance in the face of excessive migration.

KEYWORDS

Sovereignty, Migration, International Collaboration, Fundamental Rights, Normative, European Union.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	5
MARCO TEORICO.....	9
ESTADO DEL ARTE.....	10
PRINCIPIOS DE LA UNION EUROPEA	11
LIBERTADES EN EL DESARROLLO DE ESTADOS NACIONALES Y DEMOCRÁTICOS	12
EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	13
EL PRINCIPIO DE JUSTICIA	13
EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA	13
EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD	14
PRINCIPIO DE ACERVO COMUNITARIO	14
DESARROLLO NORMATIVO MIGRATORIO EN LA UNION EUROPEA	15
DIRECTIVAS MARCO.....	15
TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNION EUROPEA (TFEU)	15
ACTA UNICA EUROPEA (acta única europea y acta final)	16
ACUERDO SCHENGEN.....	16
EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA O DE MAASTRICHT	17
TRATADO ACUERDO DE ADMSTERDAM.....	18
I ESTRATEGIA EUROPEA DE SEGURIDAD	19
PROGRAMA DE ESTOCOLMO.....	20
NUEVA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD EUROPEA (2016)	20
REGLAMENTO DE DUBLIN (UE) N° 604/2013 (Reglamento de Dublín II).....	21
HARD LAW Y SOFT LAW EN LOS TRATADOS Y ACUERDOS DE LA UNION EUROPEA: UNA MIRADA AL DESARROLLO.....	22
CONCLUSIÓN.....	31
Bibliografía	32

INTRODUCCION

Este trabajo tiene como objetivo indagar cuáles son los retos que se le presentan a los países miembros de la U.E ante el gran flujo migratorio y su incapacidad de solucionar esta problemática, generando así una disyuntiva entre los principios esenciales como las normativas marco que fundamentan a la U.E y la soberanía de cada estado.

Para tal fin, y, asumiendo que la U.E se enmarca en la normativa internacional en materia de derechos humanos³, es necesario realizar un breve análisis sobre los principios que fundamentaron la Unión, así como también de los postulados normativos que regulan y establecen la migración y que tienen como objeto normalizar e incentivar la cooperación entre estados y la división de tareas.

La justificación para la elaboración de este trabajo de investigación, se encuentra fundada en primer lugar en la necesidad de determinar hasta qué punto se implementa de forma real las normativas marco y los principios que regulan la migración, y si esto conlleva a mitigar realmente las problemáticas para las que fueron creadas estas normativas y que ahora, esas problemáticas se materializan de manera real a nivel internacional humanitario y que por consiguiente deberían dar luces de las medidas que se deben desarrollar para enfrentar la crisis.

En segundo lugar, es de considerar que las políticas migratorias están en constante cambio y que, en la actualidad, la migración ha presentado un aumento masivo. La discusión se divide entre la soberanía de los estados miembros de la U.E, los cuales exigen una serie de requisitos para el ingreso y desarrollo de las actividades cotidianas en dichos países y en disyuntiva los derechos fundamentales de los migrantes, los cuales en la actualidad se ven vulnerados en sus países de origen y que por razones externas no pueden corresponder con los requisitos impuestos por la U.E.

Ante esta dualidad se genera la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo Europa está buscando generar una avenencia entre los preceptos de la UE, los derechos humanos de los migrantes y la soberanía estatal de los estados miembros?

³ En particular se fundamenta en *la Declaración universal de los Derechos Humanos* y *la Convención sobre el estatuto de los refugiados* (estipula una regulación frente a lo que se debe hacer en caso de una solicitud de refugio en un país extranjero, también desarrolla los derechos humanos fundamentales de los refugiados como lo es la libertad de religión y de movimiento, derecho a la educación y la posibilidad de trabajar).

La palabra migración desarrolla el concepto del “*desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generado por causas económicas o sociales*” (Real Academia de la Lengua Española, S.F). Por cuanto la migración es la acción que realiza una persona o un grupo de personas de manera voluntaria o involuntaria, que se caracteriza por atravesar la línea divisoria de un territorio y con un tiempo migratorio limitado, cabe acotar que no todos los desplazamientos por fronteras o dentro del mismo estado se reconocen como migración⁴, pues “*el hecho de cruzar una frontera no significa que haya una migración, ya que la mayor parte de los viajeros son turistas o personas que viajan por negocios y no tienen ninguna intención de quedarse mucho tiempo en ese lugar*”(Castles, 2000, p.18).

Es así que a finales del siglo XIX se comienza a hablar de migración como un término más formal y como un fenómeno que necesitaba ser regulado, ya que “*las primeras políticas migratorias nacen ante la necesidad de trabajadores extranjeros y en conexión a estas nacen también las primeras políticas laborales y de seguridad social*” (Bascherini, 2008, p.54).

Unos de los pioneros en políticas migratorias fueron Alemania y Francia, pero estas políticas tenían finalidades disímiles entre sí. Por su parte Alemania a finales de los años XIX creó el *Gastarbeiter*, que entre sus características desplegaba “*una migración temporal que desarrollaba la figura del trabajador invitado, este no tenía la posibilidad de nacionalizarse*” (Bascherini, 2008, p.54). En contra posición estaba Francia que en la misma época desarrollaba una figura asimilacionista, enfocando sobre la “*funcionalidad de la migración, que tenía como enfoque la integración étnica-cultural y que se manifestaba principalmente de poblaciones colindantes o cercanas a Francia y que compartían arraigos culturales*” (Bascherini, 2008, p.54).

Tras la Paz de Westfalia se implementa el estado nación:

Este creó una serie de comunidades cerrada dentro de las cuales, tales masas de individuos se convirtieron en inasimilables por razones de organización política y como consecuencia quienes se encontraban excluidos de dichas comunidades también se

⁴ La migración se divide en dos diferentes circunstancias, *Migración Interna*: un desplazamiento dentro del mismo territorio y *Migración Externa*: se manifiesta al cruzar las fronteras que separan a uno de los aproximadamente 200 Estados del mundo. Por su parte la migración internacional se divide en diferentes campos, tales son: *los Trabajadores migrantes temporales, Migrantes altamente calificado, Migraciones Irregulares, Refugiados, Solicitudes de Asilo, Migración Forzada, Migrantes por Reunificación familiar, Migración de Retorno.*

encontraban excluidos de toda la familia de naciones de la humanidad(Bascherini, 2008, p.56).

Esta imposibilidad de encontrar una patria, genero una transformación del migrante, modificando también el concepto de refugiado el cual se tenía una mera concepción de este, como quien carecía de una patria y su imposibilidad de encontrar una, “*se presentan las dos caras de una sola realidad: por un lado, la ruptura de los inmigrantes con su comunidad de origen y, por otro, el balance entre la situación actual de su país de origen y la del destino*” (Ángela Paola Riaño F.& Óscar Alexis Agudelo Giraldo, 2016, p.62).

Con la terminación de la Primera Guerra Mundial se genera un nuevo interés por definir y controlar al refugiado, ya que “*se concebía al refugiado en ese momento como algo inherente de la guerra entendiéndose como algo temporal, pero en el tiempo post guerra pronto se percataron que no era así*” (Bascherini, 2008, p.57). Este nuevo interés impulso a la Liga de las Naciones a la creación del Alto Comisionado para los Refugiados en 1921 el cual genero de manera urgente una serie de convenios internacionales que buscaban solucionar casos concretos.

Otro momento histórico relevantes para las cuestiones migratorias se da en los años setenta, cuando “*la migración se ve altamente restringida y se convierte en una cuestión de orden público y de tinte político generando contiendas electorales*” (Bascherini, 2008, p.63). Como resultado del malestar público y político se generan normativas que desembocan en limitaciones como lo es el ingreso de nuevos trabajadores, fomentar el retorno voluntario, los inicios de la lucha contra la irregularidad migratoria. También trajo consigo avances en cuanto a los derechos del migrante como lo fue los primeros reconocimientos a la familia del migrante y los derechos del migrante que reside de forma regular, asimismo el desarrollo de la seguridad social. Finalmente, a partir de esta temporada se realizarán connotaciones más detalladas sobre el migrante con base en acuerdos internacionales y se trabajara en cuanto a la clasificación y tipificación de los diferentes tipos migratorios para que sea más fácil la migración.

En la contemporaneidad, el principal foco de tensión es el conflicto originado en el Oriente medio, a mediados de 2008-2011. Para entenderlo en cifras:

A finales de 2016 se realizó el mayor desplazamiento de población que se hubiera registrado nunca, según la The UN Refugee Agency (UNHCR): personas huyendo de sus países de origen 65.5 millones 22.5 son refugiados, más de la mitad de ese porcentaje son menores de 18 años y son 3. Son 3 países en los cuales proviene el mayor flujo migratorio, Siria 5.5, Afganistán 2.5 y Sudan del Sur 1.4 millones (Mangone, 2019, p.301).

El inicio de la problemática centralizada en todo el continente europeo, se manifiesta en dos realidades que se contraponen, una primera la defensa de cada estado con miras a su soberanía nacional creando así un unilateralismo nacionalista y de manera paralela el multilateralismo, que se encuentra en los principios de U.E y que desarrolla la cooperación humanitaria internacional.

MARCO TEORICO

Con el objetivo de examinar cuáles son los criterios necesarios para que se amplíe un eje de ponderación entre los preceptos de la U.E, los derechos humanos de los migrantes y la soberanía estatal de cada Estado miembro, se desarrollará a continuación un análisis a las principales normativas de la U.E y a las variaciones socio-políticas que se han manifestado tras el transcurso de la crisis migratoria.

Desde sus inicios hasta la actual crisis migratoria se ha presentado cambios importantes tanto para la U.E como grupo colectivo, como para los estados miembros y su autonomía. Es esta la razón por la cual se desarrolla el estudio de las normativas marco jurídico, normativas que brindan fundamentos y directrices frente a las decisiones que debe tomar la U.E, también son políticas comunes que buscan la creación y unificación normativa para que estas puedan ser aplicables en cada uno de los países miembros, esto con la finalidad que la reglamentación sea la misma para todos los miembros en determinados temas comunitarios y que esto no permita vacíos jurídicos.

Postulados normativos como el tratado de Ámsterdam, así como el tratado y acuerdo Schengen y el de Dublín⁵ pueden ser considerados pilares fundamentales en los temas migratorios, y crearon una regulación uniforme entre los estados miembros, presentaron una aplicación casi inmediata desde el momento de su ratificación hasta la fecha pero, en el transcurso de los años, se ha presentado un panorama que ha venido cambiando con el estado avanzado de la crisis migratoria.

⁵ El reglamento de Dublín (I, II, III) ha presentado importantes reformas en materia de solicitudes de asilo que han sido activados por países como Alemania y España frente a la cantidad desbordada de solicitudes de asilo.

Entre el conjunto de instrumentos jurídicos que aplica la U.E, se encuentran los que presentan fuerza vinculante, denominados *Hard law* y que se manifiestan “*a través de tratados, reglamentos o directivas(...)el derecho estricto desempeña un papel particularmente importante para garantizar la cooperación porque protege contra la desconfianza que caracteriza a la anarquía internacional*” (David M. Trubek, 2005, pág. 08). Y por su parte el *soft law*, o normas blandas, tales como lo son “*las declaraciones, resoluciones y programas de acción*” (Asistencia Social de Extranjería,2005), estas últimas no presentan fuerza vinculante pero manifiestan unas directrices y guías.

Algunos de los estados miembros de la U.E han fomentado la división en pro a lo que ellos consideran como unas normativas blandas o ineficaces, frente a la regulación migratoria y esto ha conllevado a que se inicien debates sobre la eficacia de los instrumentos marco frente a la actual crisis. Y que abre la puerta a nuevas reformas en materia migratoria y de derechos de los migrantes.

ESTADO DEL ARTE

En el transcurso de la crisis migratoria, la U.E ha optado medidas que buscan mantener un equilibrio entre la soberanía y las normativas Una fuente interesante para entender la política de defensa de las fronteras, aunque a veces desconociendo los derechos de los migrantes, es la contribución de Agudelo Giraldo, según el cual indica:

A fin de “defender” sus fronteras, la UE ha financiado complejos sistemas de vigilancia, prestando apoyo económico a Estados miembros de su periferia, como Bulgaria y Grecia, para que fortifiquen sus fronteras y creando un organismo encargado de coordinar a un equipo paneuropeo de guardias de fronteras para patrullar las lindes de la UE(Óscar Alexis Agudelo & otros, 2016, p.20)

Se verá entonces que la fuerte unificación que hasta la fecha, mostraba la U.E como conjunto ha presentado grietas con el avance de la crisis:

Así, las políticas antiinmigración que propaga Europa al resto del mundo reivindican la existencia nacional de los Estados y contraría los postulados de un orden mundial comunitario, lo que muestra que las fronteras del Estado Nación solo demarcan comunidades políticas nacionales(Óscar Alexis Agudelo & otros, 2016, p.22).

En cuanto a la aplicación de mecanismos que protegen el derecho fundamental de los migrantes se ha presentado una restricción por parte de algunos estados y en otros se hace presente una manifestación de ensimismamiento ante la crisis migratoria. Nos encontramos con una U.E que se desarrolla como grupo para poner en marcha múltiples aspectos, pero con relación al tema migratorio, cada vez se evidencia un distanciamiento. Los estados miembros han optado por dar prioridad a su soberanía y crear reformas migratorias encaminadas a la restricción del ingreso en sus fronteras, así esta no garantiza el mínimo de derechos para los migrantes.

Para el desarrollo del presente trabajo, y en particular para el análisis de la temática según una perspectiva interdisciplinaria y en términos de relaciones multilateral, el presente análisis se basará también sobre los dos documentos de la Dra. Lucia Picarella.

PRINCIPIOS DE LA UNION EUROPEA

Los principios hacen parte de los cimientos que crean ordenamientos jurídicos alrededor del mundo. En la creación de la U.E como grupo:

Se hicieron presentes un conglomerado de principios que buscan desarrollar el ideal que tiene la U.E como unión y que a su vez están dirigidos con miras al futuro de esta, la integración necesita tomar un paradigma estructural el cual genera un proceso que busca el crecimiento de los miembros (Picarella, 2015, p.160).

La organización que se convertiría en la U.E se creó en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Sus primeros pasos consistieron en impulsar la cooperación económica con la idea de que, a medida que aumentara la interdependencia económica entre los países, disminuirían las posibilidades de conflicto (Departamento de Comunicación de la Comisión Europea, S.F).

En cuanto a la integración, “los modelos de integración europeos generaron una arquitectura institucional federal, la cual fue creada con el propósito de superar la soberanía nacional absoluta conocida en la segunda guerra mundial” (Picarella, 2015, p.160). En 1958 nació la comunidad Económica Europea (CEE) ante esto:

El proceso europeo de integración no presenta un trascurso lineal, presenta retrocesos, contradicciones y disyuntivas. Aun que siempre se tuvo en mira la estabilidad económica, la prosperidad y la paz, esto genero una supremacía de la economía sobre la política que

posteriormente crearía una vinculación en otros aspectos políticos y sociales para la U.E
(Picarella, 2015, p.160).

Una de las primeras actividades que se desarrollaron grupalmente fueron las comerciales, estas prácticas, desde un inicio fueron enfocada únicamente a las políticas aduaneras y comerciales, pero con el avance económico también trajo consigo políticas como la migratoria, laboral, familiar entre otras.

En sus inicios la U.E buscaba una integración con objetivos económicos o como lo indica Picarella se buscaba un *“proceso de integración económica para llegar a la integración monetaria, esto desarrollo el perfeccionamiento del mercado común”* (Picarella, 2015, p.161). Para luego integrar y desarrollar políticas con otros matices como lo fueron las políticas laborales, de propiedad, de familia y migratorias entre otras, que permitieron a su vez el estudio de principios que crearon los cimientos en los que se establecería la U.E y que veremos a continuación.

LIBERTADES EN EL DESARROLLO DE ESTADOS NACIONALES Y DEMOCRÁTICOS

El Principio de la libertad se materializa como la facultad de desarrollarse como estado y que, a su vez, esas políticas no se vean afectadas por la U.E es importante precisar que dichas políticas si bien son libres, no pueden estar en contra vía de los derechos fundamentales y de los postulados credos por la U.E. El *Tratado de la Unión Europea*, desarrolla esta ramificación de libertad en el Art. E. 1. *“La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”* (PARLAMENTO EUROPEO, 2012).

El TUE desarrolla dos postulados importantes, como la identidad nacional de los estados miembros, es este reconocimiento que permite el respeto y la aceptación del desarrollo de las políticas internas de estos, que da como segundo punto los fundamentos democráticos que son presentados por los *“estados miembros, lo que quiere decir que la Unión Europea ha de contribuir al desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como al objetivo de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”* (Corral, 2000, p.22)

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Este principio se ha desarrollado en la actualidad con una fuerza especial. Tras la crisis migratoria, la subsidiariedad se tornó protagonista porque si bien:

El principio de subsidiariedad consiste en ser un criterio general que sirve para determinar cuál debe ser la función, competencia, de la Unión Europea, y cuál la de los Estados miembros, que tengan en cuenta que la entidad superior no debe sustituir a las entidades inferiores y a los ciudadanos, sino apoyarlos, miembro (Corral, 2000, p.66).

En cuando al desarrollo de las competencias en materia de selección frente a problemáticas o decisiones, en este caso, la migración la U.E desarrolla:

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (Corral, 2000, p.67).

El principio de subsidiariedad es el trasfondo de la colaboración entre estados y el reconocimiento de las obligaciones aceptadas por los estados.

EL PRINCIPIO DE JUSTICIA

El principio de justicia se desarrolla a partir de tres conceptos importantes: 1. El principio de competencia, 2. El de solidaridad, y 3. El principio del acervo comunitario.

EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA

- A. Sistema de atribución: Competencias las cuales le estén expresamente atribuidas.
- B. La no existencia de poderes implícitos, países miembros actúan sobre el asunto (Corral, 2000, p.69).

La competencia se dividió en dos, por una parte, las competencias nuevas, que son desarrolladas por órganos creados para tal fin, como lo indica el TUE en el artículo 4 donde indica la creación de un Parlamento Europeo, un Consejo, una Comisión, un Tribunal de Justicia y un Tribunal de Cuentas. Por otro lado, se encuentran las competencias transferidas, que para el desarrollo de la soberanía y la migración nos son plenamente competentes.

Las competencias transferidas desarrollan lo exclusivo o la competencia exclusiva que hace parte de la competencia transferida, esta competencia genera un elevado grado de transferencia de decisión, en temas como lo son la migración (la libre circulación tanto de personas como de bienes y servicios o como la solicitud de asilos).

EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Este principio busca: *“acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones”* (Corral, 2000, p.70). La implementación de la U.E como grupo económico y social, incentivo una colaboración armónica entre los estados miembros que busca la implementación de políticas a fines del conglomerado estatal de la U.E.

La solidaridad en la U.E se ha representado en diferentes aristas, tal y como lo demuestra la historia como lo es:

- A. La solidaridad frente al migrante: se busca la protección de los derechos fundamentales, así como también el estudio de las peticiones de asilo.
- B. La solidaridad entre los estados: se desarrolla también como el reconocimiento de las dificultades que presenta un estado o la desigualdad frente a una carga que no le corresponde.

PRINCIPIO DE ACERVO COMUNITARIO

El acervo comunitario se comprende como la agrupación cultural y moral de los estados miembros de la U.E, son entonces los fundamentos morales, culturales y tradiciones que hacen parte de las bases de la unión. Es por esto que el TUE en los artículos 29 y 30 desarrolla esto como *“uno de los objetivos que tiene la Unión es el de mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo (...) las acciones de la U.E se realizarán dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario”* (PARLAMENTO EUROPEO, 2012).

El acervo comunitario se manifiesta como la aplicación de las normativas comunitarias, así como también la jurisprudencia y las practicas comunitarias que desarrollan actividades como el apoyo y acompañamiento entre estados.

Los principios de la U.E se fortalecieron con el paso del tiempo, esto permite la confianza y el trabajo armónico de los estados miembros, así como buscar soluciones grupales para los problemas que se desarrollan en la unión.

DESARROLLO NORMATIVO MIGRATORIO EN LA UNION EUROPEA

DIRECTIVAS MARCO

La Unión Europea tiene como base normativa las directivas marco, así denominada porque son las directrices básicas en cuanto a contenido jurídico. Puesto que dichas directivas son de carácter vinculante. Esto representa la obligatoriedad de cumplimiento en lo que en ellas se encuentra plasmado, por parte de los estados miembros de la U.E.

TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNION EUROPEA (TFEU)

Es uno de los cuatro documentos que constituyen la formación de la unión europea, fue firmado en Roma (1957). Este documento presenta varias enmiendas (1992- 2004-2009) en el reposa las directrices marco jurídico en que se desarrollan las distintas políticas y principios que los rigen.

En el titulo quinto (V) del TFEU que lleva por nombre *ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA*. El Artículo 79 del TFEU plantea:

Desarrollar una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas (TFUE, 1957).

Las políticas que se adaptan a los lineamientos de cada uno de los países miembros de la U.E para que estos ejerzan un control real sobre los flujos y legalidad de la migración. En la actualidad son discutidas las directrices migratorias al generarse cuestionamientos sobre su fuerza ante el control real de los flujos migratorios, ya que, en muchos casos, el flujo migratorio se desarrolla bajo la presión de la protección de derechos humanos como lo es la dignidad humana.

Es importante aclarar que el artículo 80 inciso quinto (5) declara que “*se aclara la manifestación de la voluntad de cada país miembro de la unión europea a realizar las debidas exigencias particulares para el ingreso a su país*” (TFUE, 1957). Este inciso permite la libre exigencia de requisitos adicionales o particulares por parte de cualquier estado para la seguridad de su sociedad, de su economía y sus relaciones.

Los pilares fundamentales de la migración exterior en el (TFUE) son:

1. Entrada al territorio de la Unión Europea y residencia, se realiza presentación de visados necesarios y requerimientos del país al que se desea ir.

2. Definición de los derechos de los migrantes legales y refugiados.

3. Lucha contra la trata de personas, xenofobia, racismo.

Este tratado no se desarrolla en su totalidad, en una naciente U.E se hizo necesario mayor tiempo para su aplicación, pero fue una medida que incentivo a la creación de nuevos tratados y convenciones que desarrollaran el tema, así como las futuras adhesiones y correcciones que tendría.

ACTA UNICA EUROPEA (Acta Única Europea y Acta Final)

La Acta Única es un tratado internacional firmado en Luxemburgo y la Haya (Países Bajos) el 17 de febrero y el 28 de febrero de 1986, entro en vigor el 1 de Julio de 1987. Fue ratificado por los 12 miembros del momento de la comunidad europea, fue una de las bases que impulsaron para la formación del tema migratorio, los denominados “*Espacios sin fronteras interiores*” donde la libre circulación de mercancías, servicios y personas sería un enfoque importante.

Para hacer un estudio más detallado en cuanto al desarrollo migratorio que aporta este tratado, nos remitiremos al artículo 8 A como base principal sobre temas migratorios “*el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado*” (PARLAMENTO EUROPEO, 1987).

Aunque es de resaltar que el tema migratorio no es el enfoque principal en la presente acta, se incorpora y se desarrolla la terminación denominada “*la libre circulación*” que será de gran importancia en el desarrollo migratorio, primero para los países miembros de la U.E. El Acta Única Europea supuso un importante impulso en el proceso de integración.

ACUERDO SCHENGEN

Es quizás uno de los acuerdos más celebres a nivel internacional, el acuerdo fue firmado el 14 de junio de 1985 y fuera ratificado inicialmente por Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo y los países bajos.

Como punto principal en sus inicios este acuerdo buscaba dos cosas:

A. *Que los países miembros de este acuerdo estuvieran libres de fronteras*

B. *Alcanzar una mejor cooperación y coordinación entre los servicios nacionales.*

(Outrive, 2001, p.51).

Estos dos puntos principales se desarrollaron casi en su totalidad. Se impulsaron políticas con el fin de fortalecer las directrices migratorias contenidas en el tratado Schengen para que no

perdieran su enfoque y fueran plenamente desarrolladas. Como punto importante de este tratado es la extraterritorialidad en la que se desarrolla, si bien este tratado fue especialmente diseñado para la migración interna de los países de la U.E, en la actualidad se desarrolla de una forma más amplia.

También el acuerdo hace parte de lo denominado *El acuerdo Schengen*. Con el Tratado de Ámsterdam se decidió incorporar dicho acervo a partir del 1 de mayo de 1999 a la Unión Europea dado que representa uno de los principales objetivos del mercado único, a saber, el establecimiento de la libre circulación de las personas.

EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA O DE MAASTRICHT

El Tratado de Maastricht es la piedra angular legislativamente hablando, este tratado consagra una reforma a diferentes tratados socio-económicos de la comunidad europea, es una apuesta ambiciosa para fortalecer los cimientos de la comunidad europea.

El Tratado de Maastricht cuenta con 3 pilares fundamentales de ejecución, en primer lugar las Comunidades Europeas, en segundo lugar una política exterior y de seguridad común, y en tercer y último la cooperación entre los gobiernos de la U.E en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior. En su preámbulo el tratado profundiza en los objetivos que se buscan desarrollar, tal y como se cita a continuación:

La defensa de los valores comunes, los intereses fundamentales, la independencia y la integridad de la Unión, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas; el fortalecimiento de la seguridad de la Unión en todas sus formas; el fomento de la cooperación internacional; el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (EL TRATADO DE MAASTRICHT, 1992).

Se manifiesta un fortalecimiento a la misión del acuerdo Schengen la denominada “*Libre circulación*” y la “*Seguridad Europea*” con la finalidad de eliminar las fronteras para los ciudadanos de las naciones que integran la U.E impulsando tanto políticas económicas comunes como lo fue la creación y la implementación del euro (la unión económica y monetaria) reforzar la seguridad de la UE y de sus países miembros.

El desarrollo migratorio que desempeño este tratado se presenta en dos pilares que abordan el desarrollo migratorio, en primer pilar se desarrolla políticas internas de los países miembros de la U.E las cuales son:

- A. Protección de los valores comunes, los intereses fundamentales y la independencia de la UE.
- B. Reforzar la seguridad de la UE y de sus países miembros;
- C. Preservar la paz y la seguridad internacionales de acuerdo con los principios de las Naciones Unidas;
- D. Promover la cooperación internacional;
- E. Desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de Derecho así como el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En el segundo pilar, se desarrolla una política migratoria externa y de protección en cooperación en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior:

- A. El establecimiento de normas y controles para las fronteras exteriores de la UE.
- B. La lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico de drogas y el fraude internacional.
- C. La organización de la cooperación judicial en materia penal y civil.
- D. La creación de una Oficina Europea de Policía (Europol) para el intercambio de información entre las fuerzas nacionales.
- E. El control de la inmigración ilegal.
- F. El desarrollo de una política común de asilo.

El Tratado de Maastricht desarrolla a profundidad la regulación migratoria interna de los estados de la U.E y de los pilares para las migraciones ilegales, solicitudes de asilo y de refugio que puedan ser solicitudes ante los países miembros, esto con la finalidad de que se manifiesta una unificación jurídica al respecto y que los países miembros tengan conocimiento frente al proceder.

TRATADO ACUERDO DE ADMSTERDAM

El Tratado fue firmado el 2 de octubre de 1997 en Ámsterdam (Holanda), su entrada en vigor fue el 1 de Mayo de 1999. Lo interesante de este tratado es la similitud con el Tratado Schengen ya que el punto central de esto dos acuerdos es la migración y se confabula a lo desarrollado anteriormente por el Tratado Schengen el cual es la visión de “Libre circulación” y realizo una modificación en los tratados pasados sobre la libertad en la unión europea.

El Tratado de Ámsterdam así como el Acuerdo Schengen, han sido las normas que han creado un impacto al panorama internacional europeo, el desarrollo de estos dos que se encamina a la

libre circulación y al combate de la ilegalidad e irregularidad migratoria. El Tratado de Ámsterdam creó y modificó normas existentes es así como si ha tenido un efecto más humanizado y real al ingreso, tanto de personal miembro como de personas pertenecientes a terceros países.

Se convirtió en la nueva normativa legal de la Unión Europea, tras estudiar el Tratado de Ámsterdam, se connota que su pilar fundamental se unificaba a lo ya establecido por el Acuerdo Schengen y Tratado de Maastricht, el cual desarrolla la *Creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia común*. En temáticas como son el *trabajo, justicia, política exterior y de seguridad común, la reforma institucional para afrontar el ingreso de nuevos miembros* y para nuestra investigación *la libre circulación de ciudadanos*. Estos asuntos no habían sido desarrollados en su totalidad en el Tratado de Maastricht.

En el apartado Título III “*visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de persona*” el artículo 73 K del Tratado de Ámsterdam recoge temas anteriores los cuales no se desarrollaron en totalidad o no estaban presentes en tratados anteriores así como la creación de criterios y mecanismos para determinar que debe hacer el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo, dichos temas son los siguientes:

- A. Medidas en materia de asilo, con arreglo a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y a otros tratados pertinentes.
- B. Medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas.
- C. Medidas sobre política de inmigración.

Medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros (TRATADO DE AMSTERDAM, 1997).

I ESTRATEGIA EUROPEA DE SEGURIDAD

Esta estrategia de seguridad no es un tratado y tampoco es un acuerdo, pero es de vital importancia para nuestro recorrido sobre el desarrollo migratorio en la U.E, ya que “*La estrategia de seguridad europea establecía principios y fijaba objetivos claros para impulsar los intereses de la UE en materia de seguridad partiendo de nuestros valores esenciales. La estrategia adopta un enfoque amplio y sigue siendo de plena actualidad*” (Consejo de la Unión Europea, S.F).

La estrategia europea busca la protección de la paz y el bienestar dentro de la U.E dado por los grandes cambios que ha presentado el bloque europeo. Sobre sus pilares de ejecución es destacable:

las principales amenazas a la seguridad de Europa, la EES destaca el riesgo que supone el terrorismo internacional, la proliferación de armas de destrucción masiva, los conflictos regionales, la descomposición del Estado, la migración irregular o ilegal y la delincuencia organizada (Consejo de la Unión Europea, S.F).

Pero se han presentado problemas que han impedido su ejecución plena.

Sin embargo, la actual estrategia europea tiene carencias formales y conceptuales entre las que destacan su carácter marcadamente descriptivo, su falta de precisión, la ausencia de estrategias de intervención exterior y de defensa, y el excesivo condicionamiento por el particular contexto geoestratégico de 2003 (Estrategia de Seguridad Europea, 2003).

PROGRAMA DE ESTOCOLMO

El Programa de Estocolmo al igual que la estrategia de seguridad no son tratados ni acuerdos pero tienen una fuerza de vinculación dentro de la U.E. Entre 2009 y 2014, *“El Programa de Estocolmo fomenta la coherencia entre la política de inmigración y otras materias de acción de la UE estrechamente relacionadas con ella, como la ayuda al desarrollo y las relaciones con los países no pertenecientes a la UE”* (Comisión Europea, 2016).

La U.E ostenta como pilares migratorios 4 factores, los cuales son tratados el denominado *Enfoque Global* y se desarrolla de una manera externa de la política de inmigración de la Unión Europea son:

- A. *Fomentar la movilidad y la inmigración legal a la UE.*
- B. *Garantizar la aplicación de políticas coherentes en la UE.*
- C. *Promover la inmigración legal y prevenir a la vez la irregular.* (Comisión Europea, 2016).

NUEVA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD EUROPEA (2016)

Anteriormente se realizó mención de una estrategia de seguridad la cual se desarrolló desde 2003 hasta 2008 pero que no desarrollo en su totalidad; se solicitó su creación en 2015 por medio del alto comisionado para asuntos exteriores y debía ser presentada en 2016.

Con la firma del Tratado de Lisboa en 2007 se puso en acción un órgano conocido *como El Servicio Europeo de Acción Exterior* (SEAE) el cual tiene como finalidad ser la voz de la unión

europea en el marco internacional. Como puntos clave de la nueva estrategia de seguridad europea se busca desarrollar la Seguridad y defensa interior, la lucha antiterrorista, la Ciberseguridad y Migración, la seguridad energética y las comunicaciones estratégicas. Pero esto encamisado con la paz y garantizar la seguridad de los ciudadanos de los países miembros de la U.E. así como la cooperación con los estados de terceros países.

REGLAMENTO DE DUBLIN (UE) N° 604/2013 (Reglamento de Dublín II)

Este reglamento que en la actualidad se encuentra en discusión por los países miembros, dado la responsabilidad que en ellos recae en cuanto a los criterios para otorgar asilo a migrantes de terceros países no miembros de la U.E. Se han presentado reformas para llegar a una unificación normativa.

El reglamento de Dublín se firmó en 1990 y entró en vigor siete años más tarde, se reformo posteriormente al reglamento de Dublín II, se modificó por cuanto no se logró su cometido principal el cual era la unificación del sistema de asilo en la U.E a causa de las propias y diversas políticas internas de los países miembros frente a las solicitudes de asilo, ya que se presentaba un choque puesto que estaba en vigencia el reglamento de Dublín pero de igual manera estaban en vigencias normativas propias de cada uno de los estados sobre la misma materia.

El reglamento de Dublín II (2013) desarrolla la responsabilidad de los países miembros para determinar solicitudes de asilo con la finalidad de crear un orden y control frente a estas y a la forma desorganizada de la tramitología, en muchos caso los solicitantes fueron devueltos de un país a otro o una solicitud fuera tramitada por varios países, cabe aclarar que estas peticiones son procedentes de ciudadanos de terceros países o apátridas, el reglamento de Dublín crea un punto de inflexión entre la protección internacional de un solicitante y la soberanía de un estado miembro de la U.E frente a la responsabilidad de realizar un proceso para la solicitud y el ingreso del solicitante.

Como resultado el reglamento de Dublín crea una política de selección, tal y como lo desarrolla el artículo 1 del Reglamento de Dublín *“El presente Reglamento establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida”* (Parlamento Europeo, S,F). Con arreglo a esta ley, solo un país es responsable del examen de solicitud, entonces se determina cuál de los estados miembros de la

U.E (así también los países no miembros de la U.E pero que participan en el Acuerdo Schengen: Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein).

El reglamento de Dublín intenta determinar qué país es responsable de tomar una decisión sobre la solicitud de asilo. Es ahí cuando nos encontramos con uno de los puntos de inflexión en la actualidad ante las cargas migratorias.

En la actualidad, el Reglamento de Dublín se encuentra en discusión y en busca de una posible reforma a causa de la oposición de diferentes países en razón de sus políticas internas de estado y de la llegada al poder de nuevos personajes políticos que si bien aceptan que la crisis migratoria toca sus puertas cada día, se niegan a reformar sus políticas internas en razón a los migrantes y que trae consigo presiones y desacuerdos dentro de la U.E.

HARD LAW Y SOFT LAW EN LOS TRATADOS Y ACUERDOS DE LA UNION EUROPEA: UNA MIRADA AL DESARROLLO.

A continuación se realizara un breve recuento histórico de 4 políticas migratorias influyentes diferentes en sus inicios. Comencemos entonces con Gran Bretaña, que a finales del siglo XX inicia sus primeros pasos ante la creación de normativas enfocadas a la migración, hasta llegar a una figura importante, es decir:

En 1962 con la implementación del Commonwealth immigrants act, que buscaba desesperadamente poner freno a la inmigración sin importar la violación a los compromisos sostenidos hasta el momento hacia los British Subjects (los cuales poseían documentación y residencia en gran Bretaña) (...) la Commonwealth excluyo a los British Subject de reconocimiento que automático del derecho de residencia a quienes no nacieron en Gran Bretaña (Bascherini, 2008, p.67).

Por ese entonces este cambio de normativa genero inconformidad y desconcierto masivo ya que anteriormente se habían reconocido unos derechos que con la Commonwealth se estaban desconociendo. En el año 1971 se presentó otro cambio para los British Subject que buscaba solucionar de alguna forma el desconcierto generado en el 1962 y se fundamentaba en los lazos que al persona mantenía con el Reino Unido. Sin embargo se continuaba evidenciando problemas y para el años 1981 “*se eliminó el elemento PATRIA/NON PATRIA ya que manifestaba problemas de aplicación, pero en contra posición a esto se reducen los elementos del Ius Soli*

excluyendo el derecho automático d establecerse en el Reino Unido de manera permanente” (Bascherini, 2008, p.68).

A partir de este tiempo, se inician acuerdos y convenciones que trabajan en pos de la creación de la U.E e inicia una adhesión normativa por parte de todos los miembros de la U.E. Pero en el 2016 Gran Bretaña decidió de forma unilateral salir del conglomerado de la U.E: este acontecimiento, denominado Brexit, generó la salida del Reino Unido de la U.E y una serie de tensiones, sorpresa e incertidumbre sobre el futuro del Reino Unido y su relación con la U.E.

Otro desarrollo migratorio se presenta en Francia, después de la Segunda Guerra Mundial “*nace la ORDONNANCE y que continua en vigor a pesar de sus extensas reformas, esta Ordonnance se unifica a su visión inicial asimilacionista*” (Bascherini, 2008, p.69). En los años setenta por ejemplo se presentó una ola migratoria importante en Francia, ya que:

Las colonias francesas que se encontraban en Asia y norteafricana migraron a Francia pero un gran porcentaje se encontraba indocumentado pero a pesar de esto lograban encontrar empleo y regular su situación rápidamente (...) se manifiesta entonces su sistema asimilacionista que buscaba la rápida adaptación y regulación del migrante (Bascherini,2008, p.70).

Esta migración sin complicaciones llego a su fin en 1973 cuando al igual que Alemania iniciaron sus primeros cierres migratorios y aparecen los *Sans Papiers* (persona irregular).

Ya en 1980 nace la separación que conocemos hasta ahora, extranjeros comunitarios (estos se les atribuían derechos) y en contra posición los extracomunitarios, en esta época también se desarrollaba los acuerdos, tratados y convenciones que darían vida a lo que hoy conocemos como U.E.

Por su parte Alemania con su modelo anteriormente mencionado, el *GASTARBEITER* que se fundamentaba en la migración temporal y con miras de retorno a sus países de origen, tuvo un cambio importante tras la caída del muro de Berlín en 1989. En particular, inició reformas migratorias con miras al exterior y ya no en el interior, a solo 6 años de la caída del muro se da inicio a la aplicación del Acuerdo Schengen que trajo consigo una reforma y limitación al ingreso de trabajadores, situaciones de asilo y refugio.

En los años 60-70 en Italia se llevó a cabo una migración silenciosa:

Esta migración se presentó más tardía que las migraciones de otros países del centro y norte de Europa, esta inmigración no fue dirigida subsanar el sector industrial de mano

de obra como la que se desarrollaban en otros lugares de Europa (De Cesaris,2019, p.251).

Esta migración silenciosa impidió a la comunidad italiana entender lo que realmente sucedía, en ese momento la población italiana no percibía la influencia migratoria, fue por esto que a finales de 1980 y en el desarrollo de los 90's se divisó la migración como una amenaza. En dichas épocas la población italiana descubrió la migración como un suceso que acompañó a grandes acontecimientos históricos “1989-91 se desarrollaron muchos acontecimientos históricos, la caída del muro de Berlín, disolución de la URSS, inicio de la ruptura de Yugoslavia, entrada en vigor del Acuerdo Schengen (...) también la migración masiva en 1991 de refugiados Libaneses” (De Cesaris, 2019, p.252). Estas dificultades ante el caos que se evidencio, para ese entonces no se había presenciado un conglomerado tan abundante de migrantes, esto ocasiono una percepción negativa por parte de los ciudadanos italianos que recuerdan ese acontecimiento como un éxodo y que de igual manera no se contaban con los instrumentos ni el conocimiento para el manejo de ese episodio migratorio masivo.

Los postulados jurídicos internacionales nacen ante las necesidades sociales en pos de causas diversas, “el ordenamiento jurídico internacional se compone de normas que regulan relaciones entre los diferentes sujetos internacionales, esto con base a la soberanía estatal y con la capacidad de obligarse” (Feler, 2015, p.282). Son creados con la finalidad de implementar directrices sobre las acciones que se deben tomar y en el transcurso de la implementación de estos postulados sean incorporados al ordenamiento jurídico nacional y los nuevos postulados jurídicos, permean el ordenamiento jurídico ya establecido.

A partir de esto en 1991 a 1993 se realizaron programas humanitarios y creación normativa para regular la ola migratoria, estas políticas se fueron unificando a las normativas creadas por la U.E. Estos postulados jurídicos tienen diversas funciones, pueden tener fuerza vinculante ante todo el ordenamiento jurídico y servir para modificar, reemplazar y adicionar, en otros casos funcionan como soportes normativos o sugerencias normativas sobre las actuaciones que se deben seguir pero que carecen de fuerza vinculante. Entre sus divisiones se encuentra el *Now Law* el cual carece de fuerza vinculante, por lo tanto no es obligatorio y se basa únicamente en sugerir algún tipo de actuación, como las notas reversibles. En una segunda división encontramos el *Soft Law* y el *Hard Law* los cuales serán desarrollados en el presente artículo. Y finalmente está el *Ius*

Congens, protege valores esenciales otra de sus características es la inderogabilidad y inmodificabilidad de las normas en las que de ella se desprenden (Feler, 2015, p.234).

El *Hard Law* (derecho fuerte) es definido por Kenneth Abbath, según el cual “*El Hard law se compone de disposiciones que le dan carácter legal a una norma (ley o estatuto) y este es válido a nivel nacional e internacional y consigo crea una obligatoriedad de cumplimiento creando una obligatoriedad legal vinculante*” (Shaffer, 2010, p.714). Estos instrumentos presentan un carácter vinculante, al ser acordado por dos o más estados, nace para estos una obligación de cumplimiento legal y como consecuencia ante el no cumplimiento de determinado acuerdo se presentara una serie de sanciones.

Por lo tanto, los instrumentos con fuerza vinculante o también denominado *Hard law* crean normativas que traen consigo una serie de ventajas tal y como lo son:

Los instrumentos de Hard Law permiten que los estados se comprometan en mayor medida a los acuerdos internacionales porque:

- A. *Se manifiesta una coerción a causa del desconocimiento del acuerdo pactado o la renuncia a este.*
- B. *Tienen efectos legales directos en las jurisdicciones nacionales o se puede exigir de forma internacional.*
- C. *Se incrementa el costo de una violación o desconocimiento y se movilizan los mecanismos externos e internos.*
- D. *Resuelve las problemáticas frente a contrataciones incompletas, al crear mecanismos de interpretación y elaboración de leyes.*
- E. *También permite a los estados monitorear y hacer cumplir sus compromisos y exigir estos por medio de los tribunales (Shaffer, 2010, p.718).*

Los instrumentos de *Hard Law* presuponen unas condiciones fijas frente a las circunstancias de incertidumbre, esto genera una confianza y aceptación entre los estados, así como su constante dinámica ante el desarrollo de la comunidad:

El Hard law genera una seguridad tanto para los contratantes como frente a terceros generando así una obligación, por cuanto crea certeza en el futuro, también declara recursos que promueven unas vías para reclamar si se llegase a existir incumplimiento (Feler, 2015, p.718).

Esta obligación está dirigida al desarrollo de la totalidad del instrumento internacionales y en concordancia con lo descrito en cada tratado, en la U.E sucede lo denominado *tratado multilateral*, en el cual se realiza una votación para su aprobación. Pero la ratificación no es un problema pues existe la voluntad del país de aceptar la imposición de lo que está contenido en el tratado, el verdadero problema son las políticas internas de los estados miembros, cuando estas no están en miras de los postulados los desarrollados por los tratados.

Las políticas de la U.E han presentado cambios importantes con relación a los tratados que entraron en vigor, un ejemplo claro es el tratado y convenio *Schengen* el cual modifico en gran medida los estándares migratorios en gran parte de la U.E.

En contraste pero con una función dinámica al *Hard law* se desarrolla el *Soft Law*, entre una de sus definiciones encontramos que:

La expresión soft law busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica. Ello supone la existencia de una normatividad relativa en el sistema internacional y la consecuente afrenta al modelo dicotómico tradicional (Huerta, 2006, p.519).

El soft law proporciona directrices normativas que en estricto sentido no son vinculantes, no representan una obligatoriedad directa pero tampoco carece de relevancia jurídica ya que sus aportes y lineamientos muchas veces son complementarios a los tratados o políticas estatales. *“Las normas blandas (Soft Law) proporcionan una mayor flexibilidad para los estados con incertidumbres jurídicas y maneja mejor la diversidad normativa”* (Shaffer, 2010, p.719).

Su creación como instrumento jurídico trae importantes aportes a los ordenamientos jurídicos a pesar de carecer de fuerza vinculante las directrices que de él emanan, funcionan como guías y pautas:

El soft law hace referencia a las decisiones, recomendaciones y códigos de conducta que dicta la Comisión Europea y que por un lado pretenden fijar los parámetros que deben respetar ciertas normativas creada por los Parlamentos comunitarios para que se consideren respetuosas con el ordenamiento comunitario (García, 2013, p.02).

La forma en que son utilizados por los estados crea una serie de debates a causa de problemáticas propias de cada uno y la forma de aplicación de estos instrumentos jurídicos, entonces encontramos que: *“Los estados usan el Soft Law cuando aumentan los contratos, convenciones y*

se desarrollan incertidumbres, de igual forma ante los desafíos de ratificación interna de cada estado” (Shaffer,2010,p.722). Por lo tanto se han desarrollado grandes debates a nivel internacional. En primer lugar desde su aplicación al derecho interno, cuando los instrumentos creados se introducen al ordenamiento nacional y su impactó en este.

En el caso de la U.E cada estado cuenta con su propio desarrollo legislativo nacional, el cual crea, modifica y deroga normas que son importantes para sus ciudadanos y su forma de gobierno, pero desde su unidad como bloque han adaptado normativas marco que regulan asuntos generales para los estados miembros de la U.E. Tal es el caso de la migración, cada estado desde antes de la creación y adhesión de países a la U.E, poseían su propio desarrollo normativo en materia migratoria, tanto de migrantes europeos como migrantes de otros continentes.

Con miras a lo expuesto en el desarrollo grupal de la U.E, se han estudiado las ventajas del Soft Law en su aplicación, de las cuales destacan:

- A. *La reducción de los costos de contratación y soberanía en virtud de la ley.*
- B. *La capacidad que se tiene de facilitar procesos.*
- C. *Proporciona una forma flexible y de bajo costo para colaborar y solventar los vacíos que se desarrollen* (Shaffer, 2010, p.724).

El *Soft Law* y el *Hard Law* representan el alcance que tiene el Derecho Internacional al moldear y reglamentar las relaciones entre los Estados al no ser un derecho estático ha evolucionado y ha presentado grandes aristas relacionadas intrínsecamente con las necesidades de las poblaciones a las que van dirigidos los diferentes instrumentos. Pero cabe acotar que sería erróneo percibir el *Hard Law* y el *Soft Law* como instrumentos aislados, cuando en realidad tienen un dinamismo constante:

El Soft Law es inferior al Hard Law ya que carece de una formación interpretada y aplicada formalmente, por lo tanto es un soporte (adhesión) al Hard Law, si este falla en su etapa de creación, El Soft Law se evidenciara por la existencia de un contenido normativo, que si bien no es en su totalidad vinculante, representa una guía o un camino normativo (...) es decir que ambos mecanismos funcionan entre sí en procesos dinámicos de legalización (Shaffer, 2010, p.274).

Las modificaciones de normativas nacionales en ocasiones se desenvuelven en razón a la presión de los tratados o acuerdos que representan una vinculación, en razón de su soberanía han

optado por solicitar modificaciones o rechazar las políticas impuestas, tal fue el caso de Roma, Austria y Francia:

Roma se quejó de la poca solidaridad Europea con los países costeros, por su parte Roma es acusada por Austria y Francia de no garantizar una permanencia efectiva en su territorio a quienes llegan allí, esto provocó que Austria y Francia intensificaran su frontera con Italia(De Cesaris, 2019, p.263).

Se han desarrollado con mayor fuerza las políticas nacionales y la seguridad nacional, encargadas de fortalecer la soberanía de los estados. Adicional a esto se han presentado constantes solicitudes por parte de los ciudadanos como de los mandatarios de los países miembros a unas posibles reformas migratorias en la U.E, esto ha conllevado a crear cambios sobre los ejes políticos y jurídicos anteriormente establecidos.

Con todo este desarrollo normativo se han generado dimensiones de confrontación por parte de los estados miembros no vistas con anterioridad, uniéndose al segundo debate importante con relación al *Hard Law* y *Soft Law* y son los cambios que se han generado desde adentro de cada estado, hasta el exterior de la agrupación de la U.E.

La emergencia migratoria que golpeó desde 2008 a Europa va en aumento como se manifestó en el caso Griego:

Grecia fue el primer país en vivir una de estas primeras crisis migratorias. En apenas un año, entre 2015 y 2016, llegaron a las costas griegas cerca de un millón de personas huyendo de los conflictos en Oriente Próximo (...) Para el país heleno fue imposible gestionar tal volumen de personas, menos todavía en lugares tan pequeños y una logística tan compleja como las islas griegas del Egeo (El Orden Mundial en el Siglo XX, 2018).

Las políticas migratorias hasta ese momento desarrolladas no percibían la emergencia migratoria, una crisis de ese nivel y con ese volumen de migrantes que ingresaban en su mayoría por medio marítimo. Como una posible solución se dio apertura a la denominada ruta de los Balcanes, dando entrada a países como Austria y Alemania. Lejos de crear una real solución, incentivo al nacimiento de propuestas políticas nacionales más fuertes en contra del ingreso desbordado de migrantes creando así mayores requisitos para ingresar, así como un desacuerdo con los lineamientos establecidos dentro de la U.E.

España, Grecia e Italia son países costeros, se puede acceder a ellos por vía marítima desde las costas turcas cruzando el mar Mediterráneo, es por esto que estos tres países presenciaron en

forma directa la fuerte ola migratoria que ingresaba a Europa y también evidenciaron la ineficacia de los instrumentos migratorios frente a dicha crisis. *“Las elecciones egoístas de varios países que no desean derogar el reglamento de Dublín, pero que tampoco tienen la intención de dividir cargos migratorias como las que recibe Italia, Malta, España y Grecia”* (De Cesaris, 2019, p.263) .Este inconformismo se sobrepuso en mayor medida con la entrada en vigor del reglamento de Dublín, el cual indica que el control migratorio se realizara en el primer punto de desembarque, generando cargas aún mayores a los países costeros.

Por su parte el gobierno italiano liderado por su primer ministro, Giuseppe Conte y el ministro de Interior Matteo Salvini indico:

Se crearon unas políticas migratorias propias para Italia fortaleciendo la soberanía y haciendo un control migratorio estricto, con la finalidad de cerrar sus puertos costeros a las organizaciones humanitarias que rescatan a migrantes en el Mediterráneo. El gobierno italiano se defiende ante las críticas por las restricciones migratorias entre otras razones por los traficantes de personas que operaban en Libia y que utilizaban el cruce fronterizo italiano. (Monzón, 2019)

En el caso de Grecia y España:

la filosofía de la aplicación de controles externos ha cambiado no tratan de cerrar sus fronteras desde el interior sino más bien de cooperar con los países vecinos que son importantes países emisores o países de tránsito, a cambio de proporcionar programas de migración temporal y ayuda al desarrollo (Triandafyllidou, 2008).

En los últimos años, en Europa partidos políticos de derecha o de extrema derecha, ascienden al poder con campañas políticas cada vez más fuertes en contra de la gran ola migratoria que se ha presentado y con la finalidad de preservar el orden y otorgar a la soberanía nacional una relevancia importante. Como el caso de Italia o el caso de Austria en cabeza del nuevo canciller Sebastián Kurz, con sus precisiones sobre el deber de reforzar las fronteras exteriores para evitar que la migración sin control termine dañando el proyecto europeo *“Una Europa sin fronteras interiores sólo es posible si las fronteras externas funcionan de verdad”* afirmó Kurz. El nuevo canciller Austriaco, desarrollo su propuesta de campaña electoral en pos de la limitación a la migración masiva.

Esta carencia de fuerza y de eficiencia de los tratados ha permitido el desarrollo de campañas electorales y planes de gobierno que se fundamentan más en los controles migratorios y la

limitación del ingreso de migrantes que al desarrollo de políticas educativas o de desarrollo de infraestructura dentro de los mismos estados.

Alemania por su parte abrió sus fronteras en 2015 y albergo cerca de un millón y medio de refugiados. Ante esto se incrementaron los esfuerzos del gobierno de Ángela Merkel, pero estos no fueron suficientes y desde el 2016 los partidos políticos CDU y la CSU han presionado a Merkel para que cambie sus políticas migratorias, esta presión por parte de los partidos y también por parte de la población germana ha impulsado a la canciller a ceder ante la creación y como lo explica ella de “*centros de tránsito en Alemania y desde allí llevar a cabo devoluciones de acuerdo con países de los que vengan los demandantes de asilo y en los que ya estén registrados*” (Carbajosa, 2018). Por ese mismo año se celebró un acuerdo entre la U.E y Turquía para la gestión de los flujos migratorios que provenían de Turquía.

A pesar del desarrollo de soluciones y la aplicación de acuerdos por parte de Alemania, Bélgica, Suecia, Grecia , España, Italia, entre otros, también existe un grupo de países como República Checa, Polonia, Hungría, Macedonia, Serbia, Croacia y Eslovenia que se encuentra en contra de continuar desarrollando los lineamientos normativos diseñados para estas crisis. Esta ola migratoria permitió observar el alcance de los tratados, su fuerza vinculante y si estos cumplen o no con su finalidad.

Ante esto se ha impuesto en mayor medida la soberanía nacional al interior de cada uno de los estados que derivan en un unilateralismo que contra poner los avances hasta hoy desarrollados:

El Unilateralismo es un comportamiento que adoptan ciertos Estados con la finalidad de imponer a los demás miembros de la Sociedad Internacional sus intereses, valores y principios, sin importar que para lograr ello tenga que vulnerarse el principio de la igualdad jurídica entre los Estados. (Barrios, 2010, p.145).

Este Unilateralismo que se desarrolló en menor medida al inicio de la crisis se ha propagado en toda la U.E, generando el caso más famoso hasta ahora, el Brexit.

Las nuevas políticas con sus nuevos representantes, han generado una brecha, pero no hay que olvidar el multilateralismo con el cual se venía fundamentando la U.E. Esto no quiere decir que no se esté implementando su aplicación, el fenómeno que se presenta en la actualidad es una contraposición a la esencia del multilateralismo: “*el multilateralismo es la práctica de coordinar política nacionales en grupos de 3 o más estados y se caracteriza por la capacidad de coordinar políticas nacionales entre estos estados, genera también la vinculación de principio entre ellos*”

(Picarella, 2018,p.154). En este sentido, el unilateralismo que ha presentado un crecimiento alarmante en los últimos se contrapone al ideal de colaboración de la U.E. No se habla de un cambio repentino, si no de varios factores que han permitido el avance del unilateralismo dentro de la U.E.

Esto cambios han manifestado la fragilidad de las relaciones multilaterales entre los estados, que si bien los une puntos políticos y valores comunes también crea distinción sus intereses propios y el desarrollo de la protección del migrante:

Un problema que debe tratarse con especial cuidado y urgencia, puesto que en los refugiados se agudiza la pugna entre los principios universalistas del Estado democrático de derecho, por un lado, y las pretensiones particularistas de integridad de las formas de vida en que se han desarrollado (Carreño, 2016, p.16).

Las normativas marco que se crearon con mira al futuro, y que en la actualidad carecen de un control real ya que en el momento de su creación, no se previó la crisis actual y la posible fragmentación del multilateralismo que comparten los estados miembros de la U.E.

CONCLUSIÓN

La Unión que se desarrolló desde hace más de 26 años, ha demostrado el trabajo constante por la búsqueda de soluciones. Los esfuerzos por mantenerse como comunidad y encontrar una solución a las problemáticas que les aquejan, este proceso han generado aportes valiosos, tanto para el derecho como para diversas ramas del conocimiento

Las normativas marco creadas hace más de 20 años, no visualizaban las incidencias actuales sobre migración así como tampoco desvelarían las relaciones coyunturales que se han desarrollado entre estados desde entonces, así como las problemáticas dentro de la unión a causa de la inconformidad ante la distribución no homogénea de obligaciones, y las constantes tensiones soberanas que han generado que las fuerzas políticas unilateralistas fundamenten todas sus campañas políticas en el nacionalismo fomentando el rechazo por el migrante.

El visible inconformismo entre los estados, género que cada vez se aparten más de la visión multilateralita en cooperación a optar una postura unilateral encaminada a un nacionalismo, que se separaba de los fines y principios de la U.E. Ante esta coyuntura de posiciones la U.E, busca generar nuevo contenido normativo que ayude a encontrar soluciones, ya que si bien las

normativas marco ofrecieron unas directrices sobre el control migratorio, en la actualidad han carecido de fuerza ante la crisis, a causa de esto los estados de forma interna generan normativas que parecen sobre poner su soberanía ante los derechos humanos de los migrantes y de igual forma ante las normativas marco, generando así mayor tensión.

Una de las acciones que más se reprochan dentro de la U.E es la omisión de la colaboración mutua ante la proporción de las masas migratorias, que genera los actuales enfrentamientos entre estados. Para que esto no continúe generando controversias, es necesario considerar nuevas normativas que apoyen el control y desarrollo normativo así como la protección de los migrantes, asimismo realizar modificaciones en términos de eficiencia de las normativas marco. Como, por ejemplo, por el caso del Tratado de Dublín, ya que si bien su contenido genero una mayor seguridad, pero también desestabilizo la cooperación al colocar mayoritariamente carga a los países costeros y desconociendo la misma obligación por parte de los países que geográficamente son más difíciles de acceder.

Como segundo paso para buscar la estabilidad en el área migratoria, es importante incentivar a la mutua colaboración por medio de la multilateralidad de las políticas, reparto justo y equilibrado de las cargas migratorias, apoyar la resolución pacífica de los conflictos internos como el migratorio, ya que la salida no es crear políticas excluyentes y nacionalistas que debilitan la Unión, sino apostar por un desarrollo normativo uniforme por parte de los diferentes estados que permita una solución general y aplicable para todos, en nombre de aquellos ideales que han alimentado la U.E. desde su nacimiento.

Bibliografía

Asistencia Social de Extranjería . (09 de 05 de 2005). *derecho de extranjería* . Recuperado el 04 de 04 de 2017, de Soft Law y derecho de extranjería : http://www2.uca.es/grup-invest/sej-352/expert-UNIDAD_9_DE_MAYO_2005.pdf

Ángela Paola Riaño F.& Óscar Alexis Agudelo Giraldo. (2016). CIUDADANÍA Y NACIÓN: POLÍTICAS DE CONTROL FRONTERIZO E INMIGRACIÓN. *NovumJus Universidad Católica de Colombia*, 62.

Barrios, A. M. (10 de 04 de 2010). *El Unilateralismo en las relaciones internacionales*. Recuperado el 17 de 05 de 2019, de Revista electronica Dialogos de derecho y politica: <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/5124/4491>

Bascherini, G. (2008). LAS POLITICAS MIGRATORIAS EN EUROPA:UNA VISION COMPARADA. *ReDCE*, 53-72.

- Carbajosa, A. (03 de 07 de 2018). *EL PAIS*. Recuperado el 05 de 08 de 2018, de CRISIS REFUGIADOS EN EUROPA:El Gobierno alemán acuerda crear centros de migrantes en la frontera con Austria: https://elpais.com/internacional/2018/07/02/actualidad/1530527632_526912.html
- Carreño, C. A. (s.f de s.f de 2016). *La tragedia humana del refugiado desde la mirada de Hannah Arendt: una reflexión*. Recuperado el 24 de 09 de 19, de Universidad Católica de Colombia, repositorio.: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13771/4/La%20tragedia%20humana%20del%20refugiado%20desde%20la%20mirada%20de%20Hannah%20Arendt%20una%20reflexi%C3%B3n%20filos%C3%B3fica%20y%20jur%C3%AD.pdf>
- Castles, S. (2000). *Migración internacional a comienzos del siglo XXI: tendencias y problemas*. Recuperado el 23 de 03 de 2017, de Ethnicity and Globalization: From Migrant Worker to Transnational Citizen: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000123857_spa
- Comision Europea. (06 de 12 de 2016). *Portal de migracion de la Union Europea* . Recuperado el 27 de 03 de 2017, de Marco estrategico migratorio de la Union Europea : http://ec.europa.eu/immigration/instancias-y-funciones/mas-informacion/futuro-de-la-politica-de-migracion-de-la-ue-contexto-general-y-nuevas-iniciativas_es#EUImm
- Consejo de la Unión Europea. (S.F). *Concejo de la Union Europea*. Recuperado el 01 de 08 de 2018, de Estrategia Europea de Seguridad: <http://www.consilium.europa.eu/media/30808/qc7809568esc.pdf>
- Corral, L. G. (2000). *La Unión Europea: Sus principios y naturaleza*. Madrid.: Cuadernos de estudios empresariales.
- David M. Trubek, P. C. (21 de 04 de 2005). *“Soft Law,” “Hard Law,” and European Integration: Toward a Theory*. Recuperado el 24 de 09 de 2019, de Soft Law,” “Hard Law,” and European Integration: <https://law.wisc.edu/facstaff/trubek/hybriditypaperapril2005.pdf>
- De Cesaris, V. (2019). PRIMA GLI ITALIANI la relación entre soberanismo y xenofobia en el Belpaese. En L. P. Scocozzo, *DEL PUEBLO SOBERANO AL SOBERANO PUEBLO* (págs. 245-273). Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. S.
- Departamento de Comunicación de la Comisión Europea. (S.F). *Europa.eu*. Recuperado el 20 de 08 de 2018, de Que es la U.E?: https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_es
- Díaz García D. (14 de 10 de 2013). *¿Que es el Soft Law?* Recuperado el 04 de 04 de 2017, de Soft Law: <http://queaprendemoshoy.com/que-es-el-soft-law/>
- El Orden Mundial en el Siglo XX. (1 de 08 de 2018). *EOM*. Recuperado el 10 de 08 de 2018, de Presión Migratoria en el Mediterráneo: <https://elordenmundial.com/mapas/las-cifras-de-la-inmigracion-en-el-mediterraneo/>
- EL TRATADO DE MAASTRICHT, 1993 (Comunidades Europeas 07 de 02 de 1992).
- Estrategia de Seguridad Europea, 2003 (Union Europea 12 de 12 de 2003).

- Feler, A. M. (2015). Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas. *Lecciones y Ensayos*, 281-303.
- García, D. D. (14 de 10 de 2013). *¿Que es el Soft Law?* Recuperado el 04 de 04 de 2017, de Soft Law: <http://queaprendemoshoy.com/que-es-el-soft-law/>
- Huerta, M. I. (s.f de s.f de 2006). *EL FENÓMENO DEL SOFT LAW Y LAS NUEVAS PERSPECTIVAS*. Recuperado el 24 de 09 de 2019, de Anuario Mexicano de Derecho Internacional: <https://www.redalyc.org/pdf/4027/402740621012.pdf>
- Mangone, E. (05 de 03 de 2019). EUROPA Y MEDITERRÁNEO:SOBERANÍA NACIONAL, DERECHOS DE CIUDADANÍA Y MIGRACIONES. En L. P. Scocozzo, *DEL PUEBLO SOBERANO AL SOBERANO PUEBLO* (págs. 301-335). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. S.
- Monzón, I. (09 de 01 de 2019). *Qué puede cambiar en la política migratoria italiana en un Gobierno sin Salvini*. Recuperado el 04 de 07 de 2019, de El diario.es: https://www.eldiario.es/desalambre/cambiara-politica-migratoria-incognitas-post-Salvini_0_936856940.html
- Óscar Alexis Agudelo & otros. (2016). Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana. *Colección JUS público Universidad Católica de Colombia*, 12.
- Outrive, L. V. (04 de 2001). *HISTORIA DE ACUERDO Y CONVENIO SCHENGEN*. Recuperado el 28 de 03 de 2017, de Fundacion Cidob: <https://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/download/28216/28050>
- PARLAMENTO EUROPEO. (1987). *Acta Unica Unión Europea*. Recuperado el 18 de 04 de 2018, de Diario Oficial de la Unión Europea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L:1987:169:TOC>
- PARLAMENTO EUROPEO. (2012). *Tratados de la Union Europea*. Recuperado el 18 de 04 de 2018, de Diario Oficial de la Union Europea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:326:FULL&from=ES>
- PARLAMENTO EUROPEO. (S,F). *EUR-Lex Diario oficial*. Recuperado el 05 de 08 de 2018, de Reglamento de Dublin: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32013R0604>
- Picarella, L. (2015). Modelos de integraciones económico-políticas:perspectiva y horizontes actuales en Europa y Latinamerica. En e. a. Picarella, *La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica*. (pág. 160). Bogotá: Eric Tremolada Álvarez, Universidad Externado de Colombia.
- Picarella, L. (2018). ¿Nationalist unilateralism or multicultural cooperativism? A political-electoral evaluation. En a. e. Picarella, *La cooperación internacional como alternativa a los unilateralismos* (págs. 151-165). Bogotá: Erick Tremolada Alvarez-Universidad Externado de Colombia.

Real Academia de la Lengua Española. (S.F). *Migración*. Recuperado el 23 de 03 de 2017, de RAE. Real Academia de la Lengua Española: <http://dle.rae.es/?id=PE38JXc>

Shaffer, G. P. (2010). Hard Law vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance. *University of Minnesota Law School*, 714-724.

Triandafyllidou, A. (21 de 05 de 2008). *Fundación Real Instituto Elcano*. Recuperado el 15 de 08 de 2018, de El control de la migración en Grecia: políticas, problemas y oportunidades: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ARI35-2008

TFUE, C 326/47 (Asamblea Común Europea 25 de 03 de 1957).

TRATADO DE AMSTERDAM, 1997 (Unión Europea 2 de 10 de 1997).