

DESARROLLOS HISTÓRICOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

Elisa ORTEGA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antigüedad.* III. *Edad Media.* IV. *Edad Moderna* V. *Conclusión.*

RESUMEN: El tratamiento de los extranjeros y los derechos que se les deben reconocer es un tema que históricamente ha generado diversas controversias entre los Estados. El común denominador, sin embargo, ha sido dejar al extranjero en una posición de vulnerabilidad y desventaja, primero en las ciudades-Estado de la antigüedad, luego en los reinos medievales y posteriormente en los Estados-nación. El objetivo de este artículo es estudiar cómo se fue gestando la protección de los derechos de los extranjeros en la historia, desde la antigüedad, pasando por la Edad Media, hasta la Edad Moderna. El objetivo no es, sin embargo, la realización de una revisión completa del derecho en esta área, sino sólo resaltar los avances más importantes que han tenido lugar al exponer normas legales de una variedad de fuentes que guardan relación con el tema de estudio.

ABSTRACT: *The treatment of aliens and the rights to be granted to them is a theme that has historically generated diverse controversies among states. The common denominator, however, has been leaving aliens in a vulnerable and disadvantaged position, first in the city-states of antiquity, then in the medieval reigns, and later in the nation states. The objective of this article is the study of the gestation of the protection of aliens' rights in history, from antiquity, passing through middle Ages, to Modern Age. The objective is not, nevertheless, to produce a comprehensive revision of the law in this area, but to stress the most important developments that have taken place through an exposition of the legal norms from a variety of sources, which are related to this area of study.*

I. INTRODUCCIÓN

En pocas áreas del derecho se pueden encontrar tantos precedentes y a la vez tan poco consenso entre los Estados como lo es en el tratamiento de los extranjeros y los derechos que se les deben reconocer. Como bien afirma Lillich,

mientras la existencia de controversias en otras áreas no se ha pensado ni como insuperable o como un problema poco saludable, la cuestión de los derechos de los extranjeros parece ser diferente, probablemente porque las controversias que involucran a extranjeros atacan el mero corazón del sistema de derecho internacional tradicional establecido por la Paz de Westfalia, con su orientación dogmática hacia el Estado-nación.¹

Por el contrario, en lo que sí ha habido consenso desde tiempos antiguos es en dejar al extranjero en una posición de vulnerabilidad y desventaja, primero en las ciudades-Estado de la antigüedad, luego en los reinos medievales, y posteriormente en los Estados-nación. En la antigüedad, el extranjero tenía una protección legal nula, porque no era considerado sujeto de derechos. La protección que llegaba a tener procedía de tradiciones de hospitalidad de los pueblos receptores o de los incipientes tratados que preveían alguna disposición al respecto. El *jus gentium* vino a rellenar el vacío jurídico existente frente al *extranjero* cuando un tratado suscrito con su ciudad no le aseguraba protección expresa, si bien sólo se trató de una protección 'básica'. En la Edad Media, el desarrollo del comercio europeo dio un impulso definitivo a la protección de los súbditos en el exterior (comerciantes esencialmente y, de modo secundario, peregrinos). Como consecuencia, se sentaron las bases de métodos actuales de protección de los derechos de los extranjeros: la institución consular, la protección diplomática y los tratados.

En la Edad Moderna tuvo lugar el desarrollo de una fecunda doctrina legal internacional y de derecho natural que desembocó, por un lado, en el reconocimiento de derechos básicos a los extranjeros y, sobre todo, del derecho de los Estados de proteger a sus nacionales en el exterior; y, por otro, en los célebres documentos del siglo XVIII que positivizaron 'los derechos naturales del hombre'. A partir del siglo XIX se intensificó la práctica (que perdura hasta nuestros días) de proteger a los extranjeros por medio de tratados que previeran su condición jurídica en el territorio de las partes, así como a través del ejercicio de la protección diplomática. La primera mitad del siglo XX vio los primeros intentos de codificación (sin éxito) de los derechos de los extranjeros en el ámbito internacional, a través de la responsabilidad de los Estados por daños hechos a la persona y bienes de los extranjeros. A la par, en el seno de la Sociedad de Naciones se sentaron las bases para la protección de grupos vulnerables de extranjeros, como los

¹ Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 1.

refugiados y los trabajadores migrantes, al crearse las primeras instituciones protectoras y celebrarse tratados/convenios que conferían alguna protección a estas personas.

El objetivo de este artículo es estudiar cómo se fue gestando la protección de los derechos de los extranjeros en la historia, desde la antigüedad, pasando por la Edad Media, hasta la Edad Moderna. El objetivo no es, sin embargo, la realización de una revisión completa del derecho en esta área, sino sólo resaltar los avances más importantes que han tenido lugar al exponer normas legales de una variedad de fuentes que guardan relación con el tema de estudio.

II. ANTIGÜEDAD

En la antigüedad, los extranjeros no eran considerados sujetos de derechos y obligaciones. La ley estaba influenciada por la religión, y sólo se consideraban ciudadanos y, por tanto, sujetos de derechos, a quienes tomaban parte de la religión de la ciudad.² De este modo, las personas recibían el acceso a sus derechos civiles y políticos de su participación en el culto local. Incluso, el no atender a las ceremonias religiosas conllevaba en algunos casos a la pérdida de los derechos de la ciudadanía.³ Los no creyentes y los extranjeros, que no tenían acceso a esa religión en particular, quedaban fuera del ámbito de los derechos, y estaba prohibido otorgarles el privilegio de la ciudadanía.⁴ Además, era común que se les viera con recelo, desconfianza, como enemigos e, incluso, que no se les considerara como seres humanos.⁵ Como señala Lillich, "cualquier persona fuera de su familia o tribu bien podía ser considerada como alguien a quien los estándares ordinarios de decencia no le eran aplicables".⁶

² Para ver un breviarío de los desarrollos en esta materia específicamente en algunas culturas de la antigüedad véanse Truyol y Serra, Antonio, *Historia del derecho internacional público*, versión española de Paloma García Picazo, Madrid, Tecnos, 1998, 171 p.; Hersiley, Amos S., "The History of International Relations during Antiquity and the Middle Ages", *The American Journal of International Law*, vol. 5, 1911, pp. 901-921.

³ De Coulanges, Numa Denis Fustel, *The Ancient City: A Study On The Religion, Laws, And Institutions Of Greece And Rome*, Baltimore, London, Johns Hopkins University Press, 1980 (1a. ed., 1864, "La Cite Antique"), p. 185.

⁴ *Ibidem*, p. 187.

⁵ Nussbaum, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, MacMillan, 1947, p. 7.

⁶ Lillich, Richard B., *op. cit.*, nota 1, p. 5.

De esta forma, en la antigüedad los extranjeros no eran tratados como personas. No sólo no tenían derecho a participar en la vida política, sino tampoco a casarse (si lo hacían, sus hijos eran considerados ilegítimos),⁷ a tener propiedad, a hacer contratos, a heredar (porque en cada transmisión de la propiedad implicaba la del culto religioso, y era imposible para un extranjero practicar la religión del ciudadano, y viceversa), ni al acceso de la maquinaria legal de la ciudad.⁸

Lo anterior, como señala Del Vecchio,⁹ no implicaba que las culturas de la antigüedad no fueran hospitalarias con los extranjeros.¹⁰ Antes del desarrollo del comercio, consideraciones humanitarias y religiosas motivaron la hospitalidad hacia estas personas. El atacar a un extranjero indefenso era considerado como un acto de cobardía, y el no darles comida o refugio, al estar normalmente en posición de vulnerabilidad, no sólo era un acto de descortesía, sino de crueldad positiva.¹¹ Asimismo, se creía que detrás del extranjero se escondía una divinidad y que los dioses deseaban su protección, e incluso que el daño hecho a los extranjeros estaba sujeto a venganza divina. De este modo, en la antigüedad coexistían la hospitalidad hacia los extranjeros y su consideración legal de 'no personas' y sin acceso a derechos.

III. EDAD MEDIA

1. *La situación de los extranjeros*

La situación de los extranjeros mejoró durante la Edad Media, por un lado, por el desarrollo del comercio con el exterior y, por otro, por la propagación del cristianismo. Desde sus inicios, esta religión fue concebida para ser el culto oficial no de una ciudad o un Estado, sino de toda la humanidad. Claramente este sentimiento no fue universal. A pesar de los esfuerzos hechos en Europa, el Corán triunfó en Oriente. Las Cruzadas

⁷ De Coulanges, Numa Denis Fustel, *op. cit.*, nota 3, p. 188.

⁸ *Idem.*

⁹ Del Vecchio, Giorgio, "The evolution of hospitality. A note on the history of treatment of foreigners", *Sydney Law Review*, vol. 4, 1962-1964, pp. 205-208.

¹⁰ Sobre la institución de la hospitalidad en el mundo antiguo, véase Bederman, David J., *International law in antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 88 y ss.

¹¹ Por ejemplo, entre los lucanianos existía una ley que multaba a todo ciudadano que no diera refugio a un extranjero que se lo solicitara después del atardecer. Phillipson, Coleman, *The International Law And Custom Of Ancient Greece And Rome*, London, MacMillan, 1911, vol. 1, p. 132.

fueron un fracaso, y se dibujó una clara brecha entre Oriente y Occidente. De este modo, la división entre las personas ya no fue con base en su nacionalidad o raza, sino en su religión: cristianos e infieles y, dentro de los cristianos, entre buenos cristianos y herejes.¹² Así, una vez que el cristianismo se convirtió en la religión predominante en Occidente, la separación tradicional entre ciudadanos y extranjeros dejó de existir, pues el cristianismo es contrario a una situación de hostilidad permanente y predica la igualdad entre todos los hombres, lo cual facilitó la interacción entre las personas.¹³ Por ejemplo, en *La Ciudad de Dios*, san Agustín afirma la igualdad de todos los individuos que viven en esa ciudad.¹⁴ Los extranjeros, por tanto, dejaron de ser considerados como 'no personas' en el sentido en que lo habían sido en la antigüedad.¹⁵

La invasión del Imperio Romano por las tribus germánicas no cambió el panorama sustancialmente. Estas tribus no tenían conciencia de una raza o nacionalidad germana. No peleaban batallas francesas o alemanas, sino cristianas. El extranjero, en ese contexto, a pesar de seguir sufriendo inequidades notables, tenía algunos derechos. Aún más, estas tribus no crearon un sistema unificado de leyes. Seguían las leyes romanas o las leyes que cada tribu tenía en lo individual. Por tanto, se creó un sistema de leyes personales: cada individuo era regido por la ley de su tribu, lo cual ayudó a mejorar el tratamiento de los extranjeros.¹⁶

El principio de personalidad de las leyes duró aproximadamente hasta fines del siglo X. Con el desarrollo del feudalismo, el sistema dejó de existir. Una vez más, las leyes se volvieron esencialmente territoriales, pues cada señor feudal tenía un cuerpo de leyes o costumbres aplicables dentro de sus dominios a todas las personas. Sin embargo, como

¹² Kohn, Hans, *The idea of nationalism. A study in its origins and background*, New Jersey, Transaction Publishers, 2005, p. 79.

¹³ Al respecto, véase Aguirre, Rafael, "El extranjero en el cristianismo primitivo", *El extranjero en la cultura europea de nuestros días*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1997, pp. 463-483.

¹⁴ Por ejemplo, véase el libro II, capítulo XXII. Agustín Santo, Obispo de Hipona, *La ciudad de Dios*, trad. de José Cayetano Díaz de Beyral, Buenos Aires, Poblet, 1942.

¹⁵ Roberts, John C. De V., *World Citizenship And Mundialism: a guide to the building of a world community*, London, Praeger, 1999, p. 18; Herbert, Gary B., *A philosophical history of rights*, New Brunswick, N. J., Transaction Publishers, 2002, p. 54.

¹⁶ Tiburcio, Carmen, *The human rights of aliens under international and comparative law*, The Hague, London, Nijhoff, 2001, p. 28.

estas leyes y costumbres sólo eran aplicables dentro de sus fronteras territoriales, cuando un individuo dejaba el dominio de un señor feudal y entraba al de otro, automáticamente se convertía en extranjero en el último. Así, el individuo se convertía en *aubain*, es decir, una persona que dejaba su lugar de nacimiento y se establecía en otro lado. La situación de los *aubain* varió considerablemente por toda Europa y también a través de los tiempos.¹⁷

Durante la Edad Media, los extranjeros siguieron teniendo limitaciones muy significativas por el sistema feudal imperante. Por regla, no tuvieron acceso al derecho de la propiedad de la tierra porque ello implicaba la lealtad al señor feudal local. En consecuencia, en una sociedad en la que el estatus social y jurídico de las personas estaba dado por el pedazo de tierra del que eran titulares, el no tener acceso a ésta conllevaba el estar al margen de la protección de la ley. Otra limitación fue el no poder transmitir la propiedad de sus bienes después de su muerte. El señor feudal era dueño de todo lo que poseían, por lo que una vez que fallecían, sus posesiones eran confiscadas y pasaban a manos de éste (*droit d'albaine*). Asimismo, cuando cambiaban de residencia, el feudo que se dejaba tenía el derecho de deducir un porcentaje del valor de sus posesiones una vez que dejaban su territorio (*droit de détraction*).¹⁸

2. *Influencia del desarrollo del comercio con el exterior en el trato a los extranjeros*

En la temprana Edad Media el comercio internacional estuvo estructurado de tal forma que sólo pocas personas se encontraban viviendo en el extranjero, las cuales tenían una protección muy precaria. Una vez que el comercio empezó a desarrollarse, la posición de los extranjeros mejoró, en particular por la protección dada por los gobiernos centrales en contra de los señores feudales, y sólo incidentalmente por acuerdos internacionales.¹⁹ Así, es posible encontrar actitudes liberales de los gobiernos

¹⁷ Weiss, André, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Paris, L. Larose & Tenin, 1907-1913, 6 vols., pp. 52-64.

¹⁸ Sahlins, Peter, *Unnaturally French: foreign citizens in the Old Regime and after*, Ithaca, Cornell University Press, 2004, pp. 231 y 232; Verzijl, Jan Hendrik Willem, *International law in historical perspective*, Vol. 5, Nationality and Other Matters Relating to Individuals, Leyden, Sijthoff, 1972, pp. 410 y 411.

¹⁹ Griffith Dawson, Frank & Head, Ivan L., *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, Syracuse, Syracuse University Press, 1971, p. 1.

medievales respecto a los comerciantes extranjeros. Por ejemplo, la cláusula XXX de la Carta Magna de 1215 otorgaba a los comerciantes extranjeros el derecho de comerciar en Inglaterra y tener una estadía segura.²⁰

Una vez que los soberanos vieron las ventajas del comercio con el exterior, se empezaron a celebrar tratados comerciales con cláusulas de protección de los extranjeros. Por ejemplo, a partir del siglo XIV Inglaterra empezó a asegurar protección y ventajas comerciales a sus comerciantes a través de tratados recíprocos que el rey celebró con gobernantes extranjeros de ciudades marítimas. A finales del siglo XV podemos encontrar uno de los tratados más importantes y de mayor duración de este tipo: el *Intercursus Magnus* de 1496, un tratado celebrado por Enrique VII y otras potencias comerciales, como los Países Bajos, Venecia, Florencia y la Liga Hanseática. En el tratado se acordó que los comerciantes de las partes podrían llevar barcos y bienes al territorio de los otros, permanecer y partir libremente, comprar y vender mercancías y ocupar almacenes y otros edificios, pagando las cuotas ordinarias que correspondieran.²¹

En la Edad Media se desarrollaron tres métodos de protección de los extranjeros:

El primer método fue consecuencia del inminente desarrollo de la economía medieval europea, y consistió en el otorgamiento de *protecciones y privilegios extraterritoriales o de inmunidad de jurisdicción* a los comerciantes extranjeros otorgados a través de tratados, comúnmente llamados de 'capitulación', o de forma unilateral, producto de las negociaciones entre el soberano del Estado receptor y los propios comerciantes extranjeros organizados colectivamente. Los privilegios consistían en tener comunidades con su propio orden legal, dejándolos libres de su jurisdicción, así como algunas inmunidades, como la exención del derecho de represalia²² de los nativos por los crímenes cometidos por los extranjeros o las deudas contraídas fuera de la comunidad.²³ Un ejemplo de un tratado comercial con cláusulas de protección de extranjeros es el *Intercursus Magnus* de 1495, el cual previó la supresión del derecho de represalia de los

²⁰ Nussbaum, Arthur, *op. cit.*, nota 5, p. 29.

²¹ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

²² Antecedentes de esta práctica se encuentran en la Grecia antigua. Véase sección 1.1.2 *supra*.

²³ Pirenne, Henri, *An Economic and Social History of Medieval Europe*, trad. de I. E. Glegg, Abington, Routledge, 2006 (1a. ed. 1936), pp. 94-102.

nativos contra los extranjeros.²⁴ Y un ejemplo de negociaciones directas entre comerciantes extranjeros organizados colectivamente y un soberano fueron las llevadas a cabo entre los comerciantes genoveses con el Imperio Bizantino en 1261.²⁵

El segundo método de protección fue la institución consular, la cual se desarrolló en el marco de los privilegios extraterritoriales o de inmunidad de jurisdicción y del principio de personalidad de las leyes vigente en la Edad Media. Los comerciantes fueron autorizados a tener sus propios tribunales, los cuales eran presididos por unos jueces especiales que a partir del siglo XII tomaron el nombre de 'cónsules'. A pesar de que existen precedentes de esta práctica en la Grecia antigua con la *proxenia*,²⁶ no fue hasta la Edad Media, con el desarrollo del comercio, primero entre las ciudades de Europa y luego entre las de toda el área mediterránea, cuando la institución consular tuvo un impulso definitivo. Así, en el marco de los cambios derivados de la mayor seguridad y los progresos económicos, la posición del extranjero mejoró gracias al desarrollo de la institución consular y la celebración de tratados sobre la condición jurídica y el trato a particulares extranjeros en el territorio de los Estados parte (por ejemplo, el tratado bizantino genovés de 1275).²⁷

En la Italia medieval los cónsules eran los agentes más importantes de las ciudades o gremios y tenían tanto funciones judiciales como no judiciales. A mediados del siglo XII, cuando las funciones de los gobiernos de las ciudades crecieron, aparecieron los cónsules mercantiles (*consules mercatorum*), primero en las municipalidades italianas, como Milán y Pisa, y más tarde en otros centros mediterráneos de comercio, como Narbonne y Barcelona. Los cónsules ejercían una jurisdicción judicial sobre los miembros del gremio y, con base en una sumisión real o presumida, sobre los extranjeros, en especial en los casos marítimos.²⁸ En el siglo XII, cuando los comerciantes italianos empezaron a establecerse en el Levante mediterráneo y el norte de África (Constantinopla, Alejandría, Beirut, Túnez, etcétera), se llevaron consigo la institución

²⁴ Nussbaum, Arthur, *op. cit.*, nota 5, pp. 34 y 35.

²⁵ Mundy, John H., *Europe in the High Middle Ages, 1150-1309*, London, Longman, 1973, p. 155.

²⁶ Véase la sección 1.1.2 *supra*.

²⁷ Stadtmuller, Georg, *Historia del derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1961, p. 109.

²⁸ Hersiley, Amos S., *op. cit.*, nota 2, p. 930.

consular. Así, los cónsules pasaron de ser agentes internos a agentes en otra ciudad-Estado.²⁹

De este modo, los gobiernos nombraron cónsules (*consules missi*) para las comunidades de comerciantes establecidas en ciudades extranjeras, y los investieron con jurisdicción civil y criminal sobre éstas. En algunos casos, los cónsules eran elegidos por las propias comunidades de comerciantes (*consules electis*), pero tenían poderes más limitados. Así, estas comunidades de comerciantes, a pesar de estar establecidas en una ciudad extranjera, continuaban viviendo bajo la ley de su ciudad de origen. Otra de las funciones de los cónsules era la de ser consejeros y defensores de los derechos de sus nacionales en la ciudad extranjera. También cumplían funciones diplomáticas y tenían derecho a comparecer ocasionalmente ante el soberano extranjero. La base legal de la función consular reposó principalmente en los tratados de capitulaciones y en otro tipo de, pero también en la costumbre.³⁰ Con el paso del tiempo, el nombramiento de cónsules se extendió a Occidente. Así, en el siglo XIII Génova envió cónsules a Sevilla y Marsella a Savoy. Durante el siglo XV, con el declive de las ciudades-Estado italianas y mediterráneas, la institución consular perdió importancia, y no resurgiría sino hasta fines del siglo XVII.³¹

El tercer método de protección fueron las '*cartas de represalia*'. Cuando un extranjero sufría un daño, tenía dos opciones: hacerse justicia por su propia mano, con todos los riesgos sustanciales inherentes a esta acción, o usar una 'carta de represalia' emitida por su propio soberano, a través de la cual lo autorizaba a emprender medidas coercitivas de autodefensa a fin de obtener la reparación de los daños que se le hubieran causado en el

²⁹ Nussbaum, Arthur, *op. cit.*, nota 5, pp. 36-40.

³⁰ Las leyes, los usos y las costumbres marítimos fueron codificados parcialmente en el ámbito mediterráneo en El *Llibre del Consolat de Mar*, en la zona atlántica en los *Rôles d'Oléron* (uno de los elementos sobre los que se elaboró la Ordenanza francesa de la marina de 1681, texto que supuso la paulatina formación de distintos derechos marítimos de carácter nacional), y en el mundo nórdico en las Ordenanzas de Visby. De este modo, en los siglos bajomedievales existió un derecho marítimo común en cada una de las tres zonas que se distinguen en las zonas europeas, a diferencia de lo que sucedió a partir de la Ordenanza francesa de la marina de 1681, la cual supuso el inicio del proceso de fragmentación del derecho privado marítimo en Europa. Serna Vallejo, Margarita, "La historiografía sobre los *Rôles d'Oléron* (siglos XV a XX)", *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Santander, Universidad de Cantabria, 2003, pp. 543 y 544.

³¹ Nussbaum, Arthur, *op. cit.*, nota 5, pp. 36-40.

feudo receptor. El procedimiento de estas cartas evolucionó a lo largo de la Edad Media. Para en el siglo XIII se establecieron como requisitos para su emisión que el súbdito hubiera intentado previamente obtener la reparación del daño por todos los medios legales disponibles y que demostrara que se trataba de una causa justa (ante los constantes abusos que se empezaron a hacer). Evidentemente, estas cartas estaban lejos de coadyuvar a la armonía internacional y buena voluntad. Sin embargo, para el extranjero era una mejor opción, porque su acción llevaba el respaldo del soberano de su Estado y cierta dosis 'legalidad'. Aunque, como señala Lillich, es dudoso que la víctima estuviera impresionada por la 'legalidad' de la medida.³² Estas cartas tuvieron una importante consecuencia: hacer de los conflictos entre un súbdito extranjero y el súbdito del feudo receptor un conflicto entre soberanos y, en consecuencia, ser el antecedente de la protección diplomática.³³

IV. EDAD MODERNA

1. *El trato a los extranjeros en la Edad Moderna*

A partir de la Edad Moderna tuvo lugar un cambio de actitud hacia los extranjeros, el cual fue influenciado por el surgimiento de una fecunda doctrina legal internacional y derecho natural que reconoció, por un lado, ciertos derechos básicos a los extranjeros y el derecho de los Estados de proteger a sus nacionales en el exterior y, de otro, que todas las personas poseen ciertos derechos naturales, con independencia de su membresía con un Estado. Para su desarrollo fueron esenciales las doctrinas de los padres del derecho internacional moderno: Vitoria (1480-1546), Suárez (1548-1617) y Grocio (1583-1645); de teóricos clásicos como Pufendorf (1632-1694), Wolff (1679-1754) y Vattel (1714-1767); y de teóricos del derecho natural como Locke (1632-1704), Rousseau (1712-1778) y Kant (1724-1804), entre otros.³⁴ Todos influirían en el proceso de reconocimiento de derechos innatos/naturales a *todas* las personas, materializándose estas ideas en los documentos legales del siglo XVIII, los cuales surtirían sus efectos, primero, en los órdenes internos y, mucho más tarde, en el orden internacional con el reconocimiento de los derechos humanos a todas las personas.

³² Lillich, Richard B., *op. cit.*, nota 1, pp. 7-9.

³³ *Idem*; Verzijl, Jan Hendrik Willem, *op. cit.*, nota 18, p. 275.

³⁴ Para un recuento de las doctrinas de estos teóricos puede verse Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado*, 4a. ed., rev. y aum., vol. 2, Madrid, Alianza, 2007, pp. 441.

A partir de la Edad Moderna, los Estados se involucraron cada vez más en la protección de sus ciudadanos en el exterior. Las bases doctrinales señaladas anteriormente, así como el desarrollo del comercio y las relaciones internacionales, influyeron en el desarrollo de dos métodos actuales de protección de los derechos de los extranjeros: los *tratados* en los que se pactaba el estatuto jurídico de estas personas y la protección diplomática. De hecho, el derecho internacional de extranjería tiene su origen en el grupo de normas y prácticas protectoras de extranjeros de esta época, contenidas esencialmente en tratados de paz y tratados bilaterales de comercio, establecimiento y navegación, basados en el principio de reciprocidad de trato, celebrados sobre todo entre Estados cristianos.³⁵ Cabe señalarse que el desarrollo del sistema de tratados en esta época sólo se explica por la aceptación universal de uno de los fundamentos del derecho internacional: el principio *pacta sunt servanda*, pues estos instrumentos convencionales de protección no contenían garantías eficaces para su cumplimiento.

Estos tratados contenían cláusulas destinadas, por un lado, a eliminar ciertas discriminaciones que los extranjeros recibían en aspectos como el mercantil y el religioso y, por otro, a irlos equiparando progresivamente con los súbditos en la titularidad y goce de los derechos civiles. De esta época data la institucionalización de cláusulas relativas al trato de los extranjeros, como la del trato nacional o de igualdad con los nacionales, del trato de la nación más favorecida y de compromiso de no confiscación de bienes. La generalización de estas cláusulas daría lugar al derecho internacional de extranjería. Como anota Mariño,³⁶ “sólo de modo indirecto, por vía de la generalización de idénticas normas en múltiples tratados puede afirmarse que nació la noción de ‘estándar mínimo de trato a extranjeros’ que acabó influyendo en la consolidación del estándar mínimo universal de derechos humanos”.

³⁵ Ejemplos de tratados de esta naturaleza son el Tratado de Utrecht de 1713 entre Francia y Reino Unido y entre Reino Unido y España; el Tratado de San Petesburgo de 1787 entre Francia y Rusia; el Tratado entre España y Portugal de 1778; el Tratado entre Rusia y el Imperio Otomano de 1783; el Tratado entre Rusia y Suecia de 1780; el Tratado entre Francia y Suiza de 1827, el Tratado entre Francia y Venezuela de 1843; el Tratado entre Francia y Portugal de 1851, y el Tratado entre Francia y el Reino Unido de 1851, entre otros.

³⁶ Mariño Menéndez, F. M., “La protección internacional de los derechos fundamentales durante el siglo XIX: marco general, doctrinal y normativo”, en Peces-Barba, Gregorio *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2007, t. III, vol. 3, pp. 539 y 540.

Paralelamente a los tratados celebrados entre Estados occidentales que contenían cláusulas como las del trato nacional y de la nación más favorecida, tuvo lugar el desarrollo de los “tratados de capitulación”, celebrados entre los Estados occidentales y el Imperio Otomano y otros países islámicos, como Túnez, Trípoli, Argelia, Marruecos, Egipto, y orientales, como China. Estos tratados aseguraban a los extranjeros cierto trato, y desembocaron en costumbres que llegaron a formar el corpus básico del derecho internacional de extranjería, el cual fue adquiriendo en parte una naturaleza consuetudinaria general. El régimen de capitulaciones se creó con la finalidad de proteger a los comerciantes que viajaban a Oriente, cuyos derechos, vidas y bienes “corrían peligro en Estados despóticos” (como Turquía), basados en la desigualdad entre musulmanes y cristianos.³⁷ A pesar de que en un principio se dispuso que el sistema operaría sobre la base de la reciprocidad, en la realidad no fue así: fue un régimen desigual que únicamente buscaba proteger a los súbditos de los Estados occidentales. Sin embargo, como anota Fernández de Liesa, “supuso un progreso en la evolución de la protección internacional de las minorías [y fue] invocado como uno de los antecedentes posibles para el establecimiento de estatutos personales de [éstas]”.³⁸

Asimismo, es preciso destacar que estos instrumentos convencionales que contuvieron las normas del incipiente derecho internacional de extranjería comprendieron desde sus inicios un núcleo de normas protectoras de derechos humanos fundamentales. Así, en diferentes tratados internacionales celebrados durante este periodo aparecen las primeras manifestaciones de la prohibición internacional de la esclavitud y de la trata de esclavos, cuya condena moral se hizo más frecuente y pronunciada y dio paso al establecimiento de las correspondientes prohibiciones de derecho positivo interno. Varios tratados multilaterales entre países europeos y no europeos abordaron la cuestión del trato a los esclavos. Por lo general, establecían la obligación de no esclavizar a súbditos libres de la otra parte y, en otros casos, de devolverle los esclavos que hubieren podido caer bajo el dominio de la primera tratándolos con humanidad. También se establecieron los compromisos de no comprar

³⁷ Mandelstam, André, “La protection des minorités”, *Recueil des Cours*, vol. 1, núm. I, 1923, p. 325.

³⁸ Fernández Liesa, Carlos R., “Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos”, en Peces-Barba, Gregorio *et. al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, vol. 2, t. III, Madrid, Dykinson, 1998, p. 450.

esclavos de la otra parte, si bien sin descartar completamente la esclavitud como pena de posible aplicación en ciertos casos.³⁹

Ejemplos de tratados de este tipo son el Tratado de Amistad y Comercio entre Dinamarca y España de 1757, que estableció en su artículo 6:

Si alguno o algunos de los esclavos españoles se refugiasen en los puertos de Berbería de cualquiera de aquellos príncipes enemigos de España a algún navío danés, no los restituirá ni los abandonará; al contrario, los auxiliará y ayudará hasta que lleguen a lugar de seguridad y lo mismo si se refugiasen a su auxilio en alta mar: su Majestad católica ofrece la recíproca de su parte, si en algún tiempo, variando las circunstancias, llegase el caso de ejercitarla.

Otros tratados de comercio y amistad con cláusulas similares son los celebrados entre España y Marruecos en 1767 y entre España y Turquía en 1782. Por otro lado, el Acuerdo sobre Fugitivos entre España y los Países Bajos de 1791 estableció que los tráfugas *negros* y *negras*, a su vuelta, no podrían ser castigados a causa de su desertión “por medio de ninguna pena capital, mutilación, prisión perpetua, salvo que además de la desertión sean culpables de delitos que por su cualidad o gravedad exigiesen suplicios capitales; pero en este caso deberán éstos ser indicados durante la reclamación”.⁴⁰

La segunda mitad del siglo XVII y el siglo XVIII fueron testigos del fin del sistema feudal y el asenso del poder real, lo cual mejoró la situación de los extranjeros, si bien limitaciones medievales como los derechos de *albaine* y *détraction* siguieron vigentes.

³⁹ Mariño Menéndez, Fernando M., “La ‘protección internacional’ de los derechos humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución francesa”, en Peces-Barba, Gregorio, *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, vol. 2, t. III, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 411 y 412.

⁴⁰ *Idem*. En lo referente a los esclavos de las Indias, desde 1634 el papa Urbano VIII, en una carta a su representante en Portugal, había manifestado su condena de modo absoluto a la esclavitud y amenazaba con la excomuni3n a quienes la practicaran. Posteriormente, en 1754, la reuni3n anual de los cuáqueros en Filadelfia se pronunci3 contra la trata de negros. En 1771 hubo una sentencia de un juez local ingl3s, en la que se señaala que no podía haber esclavos en Inglaterra. Pensilvania aboliría la esclavitud en 1780. Y, en un contexto de oposici3n generalizada a la esclavitud propia del pensamiento ilustrado y de diferentes corrientes del cristianismo a finales del siglo XVIII, el rey Carlos III de Espa3a dict3 normas dirigidas a ‘humanizar’ el trato de los esclavos. Ser3 con el impulso de la Revoluci3n francesa, y de las ideas cuáqueras que se extender3 a diferentes legislaciones internas la prohibici3n de la esclavitud y al plano interestatal la prohibici3n de la trata. Thomas, H. *La trata de esclavos: historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, Barcelona, Planeta, 1998, pp. 443-506.

No fue hasta el siglo XIX, por influencia de la doctrina del liberalismo económico y político, cuando se produjo un acercamiento más general de la situación jurídica de los extranjeros a la de los nacionales de los países “civilizados”. No obstante, la dificultad de estos últimos para aceptar la igualdad o simple coexistencia con otras culturas llevaría a la segunda etapa de colonialismo occidental en África y Asia del siglo XIX, la cual seguiría aún en el siglo XX. Esta “misión sagrada de civilización” tuvo a sus portavoces en la doctrina que diferenció a los Estados europeos “civilizados”, frente a otros pueblos “bárbaros o salvajes”.⁴¹

Es bien conocida la diferenciación entre civilizados, bárbaros y salvajes que hace el autor escocés James Lorimer y las consecuencias de ello. Para Lorimer, la humanidad formaba tres esferas concéntricas: la civilizada, la bárbara y la salvaje. Sólo la primera tenía el derecho perteneciente a las naciones civilizadas, a un reconocimiento pleno. La colonización constituía un “deber moral y jurídico”, y si lo exigían las circunstancias, podía considerarse lícito el empleo de la fuerza física por medio de la guerra (un fenómeno que consideraba natural) en contra de los pueblos bárbaros y salvajes.⁴² En el contexto de la protección diplomática, esta diferenciación influenciaría la formulación de la ‘doctrina del estándar mínimo internacional’, apoyada por los Estados occidentales ‘civilizados’, lo cual, a su vez, propiciaría la creación de la ‘doctrina del trato nacional’, apoyada por los Estados latinoamericanos de reciente creación, para contrarrestar los abusos en el ejercicio de la protección diplomática por parte de las potencias coloniales occidentales.

2. *Los derechos de los extranjeros tras los documentos legales del siglo XVIII*

En el siglo XVIII tuvo lugar en Europa la denominada *crisis de la conciencia europea*, la cual consistió en que una civilización basada en la idea del deber (para con Dios y con el príncipe) intentó ser sustituida, gracias a la influencia de los teóricos del contractualismo y del derecho natural, por una “civilización basada en la idea del derecho, en los derechos de la conciencia individual, los derechos de la crítica, los derechos de la razón,

⁴¹ Por ejemplo, Montesquieu usó esta terminología en *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2000, libro XVIII, cap. XI, p. 196.

⁴² Lorimer, James, *Principes de droit international*, trad. de E. Nys, Bruselas, París, 1885, pp. 69 y 169.

los derechos humanos y del ciudadano”.⁴³ Bajo este contexto, se produjeron las revoluciones norteamericana en 1776 y francesa en 1789, las cuales, con sus concepciones de los derechos innatos o naturales a todo hombre, incidirían, primeramente, en el cambio del orden interno de los Estados y, mucho más tarde, en el internacional, con el reconocimiento de derechos humanos a todas las personas.

Las transformaciones en la concepción del individuo y el papel del Estado se basaron en la idea de nación, en la cual residió la soberanía a partir de ese momento, y en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas (esencialmente civiles y políticos, pues la reivindicación de los económicos, sociales y culturales vendría casi un siglo después). La legitimación del poder político cambió al transferirse la soberanía del monarca a la asamblea representativa. Esto, como señala Carrillo Salcedo, llevó a la aparición de un nuevo principio constitucional del orden internacional: el principio de las nacionalidades. Se liquidó el Antiguo Régimen y se sustituyó la “sociedad internacional monárquica” por una “sociedad internacional de Estados nacionales”.⁴⁴

La influencia de los teóricos contractualistas y del derecho natural fue muy relevante en el reconocimiento de ciertos derechos inherentes al hombre que, en consecuencia, exceden el ámbito de control del Estado. Sus ideas encontraron expresión en los documentos legales del siglo XVIII.⁴⁵ El reconocimiento de los derechos individuales del ciudadano quedó plasmado desde la “Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia reunido en plena y libre convención” del 12 de junio de 1776. Así, su artículo 1 reconoce “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención

⁴³ Hazard, Paul, *La crisis de la conciencia europea 1680-1715*, 2a. ed., trad. Julián Marías, Madrid, Pegaso, 1952, p. viii.

⁴⁴ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 27 y ss.

⁴⁵ Es interesante la postura de Jellinek sobre la *no* influencia de Rousseau en lo que toca a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789. Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, ed. de Adolfo Posada y Miguel Carbonell, México, UNAM, 2003, pp. 85-87.

de la felicidad y la seguridad”.⁴⁶ La Declaración de Independencia de los Estados Unidos, del 4 de julio de 1776, por otro lado, proclamó en su preámbulo como evidentes: “que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”. Si bien la Constitución federal de Estados Unidos, del 17 de septiembre de 1787, no contiene ninguna declaración de derechos, las primeras diez enmiendas de ésta, aprobadas en 1791, contienen un verdadero catálogo de derechos fundamentales de los individuos.⁴⁷

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadanos de 1789 hizo una clara distinción entre los derechos del hombre que pertenecen a todo individuo, independientemente de su estatus y son inherentes a la naturaleza humana, y del ciudadano, que son aquellos derechos creados por el Estado.⁴⁸ La base de esta exclusión es la idea de que si el Estado crea estos derechos, puede restringirlos a quien considere conveniente. Contrariamente, si el derecho no fue creado por el Estado y es inherente a la naturaleza humana, no puede restringir su disfrute. Así, en el caso concreto de los extranjeros, los derechos políticos, al no ser inherentes a la naturaleza humana, pueden ser limitados por el Estado; por el contrario, los derechos a tener una familia y a trabajar para poder vivir, entre otros, no los puede limitar.

Los documentos legales del siglo XVIII no sólo fueron relevantes en el cambio de concepción del individuo y sus derechos, sino también en el cambio de actitud hacia los extranjeros, pues se aceptó la idea de que *todas* las personas tienen ciertos derechos

⁴⁶ Asís Roig, Rafael F. de, Ansuátegui Roig, Francisco Javier, “Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica”, en Peces-Barba, Gregorio *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 1998, vol. 1, pp. 797-852.

⁴⁷ Sobre este tema, véase Asís Roig, Rafael F. de, Ansuátegui Roig, Francisco Javier, Dorado Porras, Javier, “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, en *ibidem*, vol. 2, t. III, pp. 35-114.

⁴⁸ Véanse los estudios al respecto de Jellinek, Georg, *op. cit.*, nota 45; García Manrique, Ricardo, Peces-Barba, Gregorio, *Los textos de la Revolución francesa*, p. 115-120; Peces-Barba, Gregorio, Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789, p. 121-216; García Manrique, Ricardo, Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores, p. 217-394, en *ibidem*. Para un excelente estudio sobre la evolución histórica que conduce a la Declaración de 1789, véase Peces-Barba, Gregorio, “Los derechos del hombre en 1789: reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. VI (1989), pp. 57-128.

inherentes que, en consecuencia, exceden el ámbito estatal. Se debe recalcar que si bien significaron un gran avance en el reconocimiento de ciertos derechos a todas las personas, con el consecuente impacto futuro que tendrían en el reconocimiento internacional de los derechos humanos, los derechos naturales que proclamaron fueron limitados a los ciudadanos, pues conectaron el concepto de “hombre” con la idea de ‘ciudadano’. Así, por ejemplo, el artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadanos de 1789 dispone que “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”. Es decir, en este artículo quedó plasmada la teoría de la soberanía nacional y, con ello, se excluyó de esa noción a ciertos grupos humanos, como los *extranjeros*.

Así, aunque las teorías de derecho natural otorgaron derechos a todos los individuos desde su nacimiento, en la práctica tales derechos sólo pudieron ser reconocidos y hechos valer a través de la membresía en un Estado, al cual corresponde establecer el criterio para obtener dicha membresía. No obstante lo anterior, se debe mencionar la repercusión que los documentos legales tuvieron en el mejoramiento de la situación de los extranjeros en ese tiempo. Por ejemplo, influyeron la Constitución francesa de 1791 que abolió los derechos de *albaine* y *détraction*, con lo cual se permitió a los extranjeros heredar sus bienes tras su muerte, por un lado, y no tener que dejar un porcentaje de tales bienes al cambiar de residencia, por otro.⁴⁹ Además, se otorgaron ciertos derechos civiles a los extranjeros como el derecho de contratar y adquirir propiedad en general. Aún más, se otorgó protección a la persona del extranjero, su propiedad y su religión. Eso sí, algunos de los derechos otorgados a los extranjeros, en la Constitución de 1791 podían ser modificados en virtud de que el Código napoleónico adoptó el sistema de reciprocidad en lo concerniente al ejercicio de los derechos civiles.⁵⁰

3. *Esfuerzos aislados tendientes al reconocimiento internacional de derechos básicos a los extranjeros*

⁴⁹ Antes de la Revolución francesa, la situación de los extranjeros en Francia respecto a estos derechos era bastante dispar, debido a la existencia de diversos tratados del Estado francés con Estados extranjeros. Así, algunos extranjeros eran sujetos del derecho de *détraction* en vez de serlo del de *albaine*. Otros estaban exentos del derecho de *albaine* con base en la reciprocidad con otros Estados, y otros más tuvieron permitido transmitir la propiedad, pero sólo a herederos franceses. Weiss, André, *op. cit.*, nota 17, pp. 58-70.

⁵⁰ Tiburcio, Carmen, *op. cit.*, nota 16, p. 33.

A diferencia de lo sucedido en el orden interno, los efectos de los documentos legales del siglo XVIII en el ámbito internacional fueron sensiblemente más tardíos. Es bien sabido que la internacionalización de los derechos fundamentales vendría hasta la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 y todo el cuerpo de normas desarrollado a partir de ese momento para garantizar internacionalmente derechos humanos a todas las personas. Sin embargo, es preciso mencionar que desde finales del siglo XIX tuvieron lugar algunos esfuerzos tendientes a ello, si bien incipientes y escasos, y que fueron atinentes de un modo u otro a los extranjeros, con independencia de los desarrollos que tuvieron lugar en materia de protección diplomática y responsabilidad internacional por daños hechos a la persona y propiedad de los extranjeros, que se abordarán en otra parte de este trabajo.

En 1892, el Instituto de Derecho Internacional elaboró unas *Reglas para la Admisión y Expulsión de Extranjeros*, en las que dedicó un capítulo para delimitar las condiciones en las que un extranjero podía ser expulsado.⁵¹ Las reglas establecieron varias garantías: nadie debe ser expulsado por intereses privados;⁵² las expulsiones masivas definitivas deben ser establecidas en una ley especial, y se debe dar tiempo suficiente a los afectados;⁵³ la expulsión no es una pena o un castigo, y el expulsado no debe ser tratado como criminal;⁵⁴ si la expulsión es contraria a una ley o a un tratado internacional, el afectado tiene derecho a interponer un recurso contra ella;⁵⁵ el tribunal que juzga el recurso no debe analizar la conducta de la persona sino que la expulsión sea conforme a derecho nacional o internacional,⁵⁶ entre otras.

⁵¹ Véanse los artículos 14 a 41, en los que se recogen los diferentes tipos de expulsión, las personas que pueden ser expulsadas, la forma de la expulsión, los recursos y, particularmente, la expulsión de los extranjeros domiciliados. Estas reglas se encuentran recopiladas en el *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. XII, 1892, Institut de Droit International, Bruselas. También pueden consultarse en línea:

http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1892_gen_01_fr.pdf.

⁵² Artículos 14-16.

⁵³ Artículo 26.

⁵⁴ Artículo 17.

⁵⁵ Artículo 21.

⁵⁶ Artículo 35.

El artículo 28.1 de estas Reglas es uno de los primeros en hablar en el marco del derecho internacional de los extranjeros que entraron ilegalmente en el país: “Peuvent être expulsés: 1° Les étrangers qui son entrés sur le territoire fraudeusement, en violation des règlements sur l’admission des étrangers; mais, s’il n’y a pas d’autre motif d’expulsion, ils ne peuvent plus être expulsés après avoir séjourné six mois dans le pays”. De este modo, el artículo ofrece una garantía contra la expulsión a aquellos extranjeros que entraron de forma ilegal a un Estado, pero que ya llevan viviendo seis meses en éste, siempre que no hayan cometido un delito. Seguramente el espíritu de esta disposición era proteger a aquellos extranjeros que, a pesar de haber entrado de forma irregular a un Estado, ya tenían un trabajo honrado y una vida familiar o social.

En los años siguientes, el Instituto de Derecho Internacional continuó con sus esfuerzos tendientes al reconocimiento internacional de derechos básicos a *todas* las personas. El más relevante fue la Declaración de los Derechos Internacionales del Hombre, que adoptó en 1929. Esta declaración, después de enfatizar en su preámbulo que “la conciencia jurídica del mundo civilizado demanda el reconocimiento para el individuo de derechos preservados de toda vulneración de parte del Estado”, afirma que es deber de los Estados el reconocer a *todos* los individuos “sin distinción de *nacionalidad, sexo, raza, lenguaje o religión*”, los derechos a la vida, libertad y propiedad. También afirma que este deber se extiende a los derechos de libertad de religión y del uso del lenguaje de la elección de cada persona.⁵⁷ Sin duda, llama la atención la inclusión de la “nacionalidad” entre los supuestos sobre los que está prohibido discriminar a las personas a la hora de asegurarles ciertos derechos. Lamentablemente, este supuesto de suma importancia para los extranjeros no fue conservado en el documento fundacional de las Naciones Unidas ni en la Declaración Universal de Derechos humanos, si bien estos documentos y los instrumentos de derechos humanos que le siguieron están hechos con un lenguaje incluyente, en el que *todas* las personas están amparadas por su ámbito protector.

Finalmente, y a nivel regional, cabe que señalar que en la sexta Conferencia Internacional de los Estados Americanos de 1928 la delegación mexicana, no por casualidad dado que México ya se perfilaba como un país importante de inmigración

⁵⁷ Buergethal, Thomas, “The Evolving International Human Rights System”, *The American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 4 (oct., 2006), p. 783.

hacia Estados Unidos, se encargó de elaborar el texto de una Resolución sobre Emigración e Inmigración, la cual incluyó la siguiente disposición:⁵⁸

2. Que toda resolución concerniente a la emigración y la inmigración, se inspire en este doble principio:

a) La igualdad de derechos civiles entre nacionales y extranjeros.

b) La cualidad de hombre libre que debe ser reconocida a todo inmigrante, respetados y protegidos los derechos y la dignidad de la persona humana sin que, por otra parte, ese respeto y esa protección pueda justificar cualquiera ofensa a la soberanía del país.”

Además, la resolución incluyó el deber de los Estados de envió de no permitir la salida de sus nacionales sin que previamente se hubieran celebrado:

a) un contrato de transporte que garantice al emigrante su conducción hasta el lugar de utilización de sus servicios, en buenas condiciones de higiene, alimentación y comodidad adecuada;

b) un contrato de trabajo que garantice al mismo emigrante, la utilización de sus servicios en las condiciones que se estipulen y, especialmente, el pago de su regreso hasta el lugar en que se haya celebrado el contrato.

También previó una disposición que estableció que los inmigrantes deben gozar “de los mismos derechos y garantías legales que el residente en el país en el cual emigra, con excepción de los derechos políticos que cada nación otorgue a sus nacionales, sin que jamás puedan dictarse medidas de cualquiera naturaleza, que tiendan a colocar al inmigrante en situación legal o de hecho inferior a la de los nacionales”. Y va más allá al afirmar el deber del gobierno del país al que llegue el emigrante de “hacer cumplir por los medios que establezcan sus leyes los contratos de transporte y trabajo, cuando así lo solicite el emigrante.”⁵⁹

Como se puede apreciar, esta resolución es pionera en establecer varias medidas protectoras para los extranjeros que se trasladan a otro país con fines de empleo. De hecho, varias de las disposiciones tienen su antecedente (al haber sido hecha por México) en la Constitución mexicana de 1917 y la Ley Federal del Trabajo de ese país.⁶⁰

⁵⁸ *Conferencias Internacionales Americanas 188-1936. Recopilación de tratados y otros documentos*, México, SRE, 1990 (1a. ed., 1956), p. 410.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 410 y 411.

⁶⁰ La Constitución mexicana vigente, que data de 1917, señala en su artículo 123, fracción XXVI, que todo contrato de trabajo celebrado entre un mexicano y un empresario extranjero deberá ser legalizado por la autoridad municipal competente. La Ley Federal del Trabajo, por otro lado, dispone en su artículo 28 que

Evidentemente, Estados Unidos, al ser un país tradicional de inmigración y apoyándose en el principio de soberanía de los Estados del derecho internacional tradicional, expresó su desacuerdo al hacer una reserva expresa, al señalar que “el control de la migración es un asunto puramente interior, representando el ejercicio de un derecho soberano”. Cuba y República Dominicana también expresaron reservas en este sentido.⁶¹

4. *Sociedad de Naciones*

i. Dejando de lado el esfuerzo codificador de la Sociedad de Naciones (que resultó en la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de 1930) en materia de la responsabilidad internacional de los Estados por daños a la persona y propiedad de los extranjeros en sus territorios, los Estados intentaron concluir una Convención sobre el Tratamiento de los Extranjeros bajo el auspicio de la Sociedad de Naciones.⁶² Para tales efectos, en 1929 se celebró en París una Conferencia Internacional sobre la materia, en la que participaron 47 Estados.⁶³ El origen de la conferencia reposó en el apartado e) del artículo 23 del Convenio de la Sociedad de Naciones, que establecía que los Estados debían “adoptar las disposiciones necesarias para asegurar... un tratamiento equitativo del comercio de todos los miembros de la sociedad...”. El Comité Económico de la Sociedad de Naciones fue el encargado de preparar el proyecto de artículos que se discutiría en la Conferencia de 1929, en virtud de que desde 1923 ya había elaborado lineamientos generales para cumplir con el mandato del artículo 23, si bien no se había hecho intento alguno por encuadrar estos lineamientos en un convenio internacional. De hecho, para 1925 estos lineamientos se

para la prestación de servicios de los trabajadores mexicanos fuera de México se requiere, entre otras cosas, que el contrato de trabajo sea sometido a la aprobación de la junta de conciliación y arbitraje dentro de cuya jurisdicción se celebró, la cual, después de comprobar los requisitos de validez (señalados en este mismo artículo), determinará el monto de la fianza o del depósito que estime suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Una vez que el empleador compruebe ante la junta que ha cumplido las obligaciones contraídas, se ordenará la cancelación de la fianza o la devolución del depósito.

⁶¹ *Conferencias Internacionales Americanas 188 –1936, cit.*, nota 58, p. 411.

⁶² El texto del proyecto de artículos de esta Conferencia se reproduce en League of Nations Publications, *International Conference on the Treatment of Foreigners*, L.N. Doc. C.36.M.21.1929.II, pp. 7 y ss.

⁶³ Las actas de la conferencia se pueden consultar en League of Nations Publications, L. N. Doc. C.97.M.23.1930.II.

habían ampliado hasta abarcar los términos en que se permitiría a los extranjeros trabajar en cualquier profesión, industria u ocupación.⁶⁴

Los 29 artículos del proyecto abarcaron una cantidad considerable de materias. Otorgaron a los extranjeros igualdad de trato con los nacionales en varios aspectos, incluidos el derecho de establecerse con fines económicos en el territorio de los Estados partes, libertades en materia fiscal, libertad de circulación, libertad de ocupación, industria y profesión (con algunas excepciones), así como derechos civiles, judiciales y de sucesión. No obstante, la discusión en el seno de la Conferencia mostró discrepancias entre los Estados desarrollados y aquellos en vías de desarrollo, por lo que el proyecto de artículos no fue aprobado.⁶⁵

- ii. Otro desarrollo significativo de la Sociedad de Naciones con relación con la protección de los extranjeros fue el que tuvo lugar en materia de refugiados. Si bien existe algún antecedente del tratamiento internacional de la materia con anterioridad a la creación de la Sociedad de Naciones,⁶⁶ no fue hasta después de la Primera Guerra Mundial cuando se empezó a considerar que la cuestión de los refugiados era un problema que debía abordarse desde el ámbito internacional: Europa contaba con numerosos países desmembrados, los países victoriosos estaban desunidos, surgían nuevos conflictos entre los Estados y en Rusia se desarrollaba una terrible guerra civil. Como consecuencia, miles de personas fueron deportadas, perseguidas, se quedaron sin

⁶⁴ Kuhn, Arthur K., "The International Conference on the Treatment of Foreigners", *The American Journal of International Law*, vol. 24, núm. 3, (jul., 1930), p. 571.

⁶⁵ Para abundar sobre esta convención, véase Cutler, John Ward, "The Treatment of Foreigners: In Relation to the Draft Convention and Conference of 1929", *The American Journal of International Law*, vol. 27, núm. 2 (apr., 1933), pp. 225-246.

⁶⁶ Hyndman señala que la cobertura legal del fenómeno de los refugiados en el derecho internacional se empezó a desarrollar desde antes de la creación de la Sociedad de Naciones, y cita como ejemplo la Convención sobre la situación de las personas que dejaron Rusia tras la Revolución Bolchevique en 1917, la cual se celebró como respuesta al problema de los refugiados y desplazados que dejó la Revolución rusa y el fracaso de la contrarrevolución de 1917 (si bien en el siglo XX dicho problema comenzó desde principios de 1912 con las guerras balcánicas). Hyndman, P., "Refugees under International Law with a Reference to the Concept of Asylum", *Australian Law Journal*, vol. 60, núm. 3, 1986, p. 148.

hogar y fueron víctimas del hambre y enfermedades. Había nacido una nueva categoría jurídica de extranjero: el refugiado.⁶⁷

Cuando se creó la Sociedad de Naciones en 1919 no se había tomado conciencia de las consecuencias de la Primera Guerra Mundial en términos de refugiados. Por ello, el Convenio de la Sociedad de Naciones no previó una disposición específica de ayuda y protección para estas personas y no se instituyó ningún mecanismo para afrontar el fenómeno. Hasta 1921 la Sociedad de Naciones trató de dar respuesta a estos nuevos acontecimientos con la creación del Alto Comisionado para los Refugiados. La responsabilidad fue encomendada al doctor Fridtjof Nansen, representante de Noruega ante la Sociedad de Naciones, quien desde 1919 había dirigido en nombre de este organismo la repatriación de prisioneros de guerra. Después de la guerra entre turcos y griegos de 1922, el Alto Comisionado se ocupó de un millón y medio de personas de origen griego que fueron trasladados desde Asia Menor hacia Grecia, y de medio millón de turcos, a su vez transferidos en el sentido inverso. Nansen también dirigió la operación de asistencia de cuarenta mil armenios establecidos en Siria, así como la de búlgaros provenientes de la Tracia. En 1925, una parte del personal de la Oficina del Alto Comisionado fue transferido a la Organización

⁶⁷ El artículo 1,A.2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, del 28 de julio de 1951, define como refugiado a la persona 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, a causa de dichos temores, 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, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. En derecho internacional general no existe una definición clara de “refugiado”, pues hasta después de la Primera Guerra Mundial tuvieron lugar los primeros desarrollos de la materia en el ámbito internacional. Sin embargo, para el profesor Mariño hoy podríamos hablar ya de un concepto ‘suave’ (*soft law*) de derecho internacional general que se corresponde con la definición de la Convención de Ginebra, modificada por su Protocolo Adicional de 1967. Mariño Menéndez, Fernando M., “El concepto de refugiado en un contexto de derecho internacional general”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 35, núm. 2, 1983, p. 368. Otros autores, como Goodwin-Will, señalan que toda persona susceptible de beneficiarse del principio de *non refoulement* es refugiado según el derecho internacional, ya que ningún Estado ha reclamado jamás el derecho a devolver a un refugiado al país de persecución. Goodwin-Will, G. S., “Entry and Exclusion of Refugees. The Obligations of States and the Protection Function of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees”, *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3, 1982, pp. 302 y 320.

Internacional del Trabajo a fin de asistir a rusos y armenios en búsqueda de trabajo como parte de su repatriación o reasentamiento.⁶⁸

Los primeros acuerdos internacionales sobre la materia empezaron a celebrarse a partir de 1922. El acuerdo del 5 de julio de 1922, relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos, aseguró a los refugiados asistencia de parte de algunos gobiernos y agencias voluntarias a través de un documento de identidad especial ("Pasaporte Nansen") destinado a quienes no poseyeran otros documentos. Asimismo, en 1924 el Alto Comisionado esbozó un plan para que dicho documento también se expidiera a los refugiados armenios, teniendo lugar el Acuerdo sobre refugiados armenios, del 31 de mayo de 1924.⁶⁹ Los acuerdos de 1922 y 1924 fueron complementados y reformados por el acuerdo provisional del 12 de mayo de 1926⁷⁰ y el de junio de 1928, sobre refugiados rusos y armenios.⁷¹ Este último acuerdo contuvo una recomendación indicando que la devolución y expulsión de refugiados debía ser suspendida en los casos en que estas personas no tuvieran acceso a ningún otro Estado más que el perseguidor, con lo cual se convirtió en antecedente del principio de *non refoulement*.⁷²

A partir de 1931, la Oficina Internacional Nansen para los Refugiados empezó a funcionar como oficina autónoma y con un órgano directivo propio. Se ocupó de los "refugiados Nansen" y, a partir de 1935, de la protección de los refugiados que

⁶⁸ Holborn, Louise W., "The legal status of political refugees, 1920-1938", *The American Journal of International Law*, vol. 32, 1938, p. 683 y ss., 687-688. También véase Ruiz de Santiago, Jaime, "Derechos humanos, derecho de refugiados: evolución y convergencias", en Namihas, Sandra (coord.), *Derecho internacional de los refugiados*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ACNUR, 2001, pp. 26 y 27.

⁶⁹ *Idem*, Heuven Goedhart, G. J. Van, "The problem of refugees", *Recueil des Cours*, vol. 82, núm. I, 1953, p. 284.

⁷⁰ Mariño recuerda que este instrumento es el que contiene la primera definición jurídica del concepto de "refugiado". Mariño Menéndez, F. M., 1983, *op. cit.*, nota 67, p. 339.

⁷¹ Heuven Goedhart, G. J. Van, *op. cit.*, nota 69, p. 285.

⁷² Gortázar Rotaache, Cristina J., *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Madrid, Dykinson, Universidad Pontificia Comillas, 1997, pp. 99 y 100.

dejaban el Saar luego de su anexión a Alemania. El 30 de julio de 1935 se celebró el Plan para brindar certificados de identidad a los refugiados del Saar.⁷³

En 1933 se celebró el primer instrumento en la materia con efectos vinculantes: la Convención de Ginebra del 28 de octubre de 1933, sobre la condición de los refugiados rusos, armenios y asimilables.⁷⁴ En esta convención el principio de *non refoulement* se convirtió en una obligación jurídica. Además, los Estados se comprometieron a otorgar un estatus especial a las categorías de refugiados cubiertas por el acuerdo de 1928 y a continuar expidiéndoles los “Pasaportes Nansen” (artículo 2). También se previeron el libre acceso de los refugiados a los tribunales (artículo 6) y las condiciones laborales y de educación de éstos (artículos 7 y 12).⁷⁵ No obstante, esta convención tuvo un éxito limitado: sólo ocho países la ratificaron.⁷⁶

La llegada del nacionalsocialismo en Alemania a principios de 1933 generó nuevos problemas de refugiados: los “no arios” y los opositores del régimen. Alemania se opuso a que la competencia de la Oficina Nansen se extendiera a ella, considerando que esto significaría una interferencia en los asuntos internos del país. En consecuencia, la Sociedad de Naciones creó el Alto Comisionado para los Refugiados de Alemania, una oficina separada de la Sociedad de Naciones, pero operando en coordinación con ésta.⁷⁷ Bajo este contexto, se concluyeron otros acuerdos, que regularon la condición de refugiados de origen alemán: Arreglo Provisional relativo a la condición de los refugiados procedentes de Alemania (1936), Convención relativa a la condición de los refugiados procedentes de Alemania (1938), la cual restringió las causas de expulsión y devolución a razones de seguridad nacional y orden público,⁷⁸ y

⁷³ Holborn, Louise W., *op. cit.*, nota 68, pp. 689 y ss., 693.

⁷⁴ Schnyder señala que los primeros acuerdos multilaterales en materia de refugiados celebrados a partir de 1922 no tenían carácter obligatorio sino sólo de ‘recomendación, y que es hasta esta convención cuando empiezan a tener carácter vinculante. Schnyder, F., “Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés”, *Recueil des Cours*, vol. 114, núm. I, 1965, p. 372.

⁷⁵ Gortázar Rotaache, Cristina J., *op. cit.*, nota 72, p. 100.

⁷⁶ Lillich, Richard B., *op. cit.*, nota 1, p. 36.

⁷⁷ Holborn, Louise W., *op. cit.*, nota 68, pp. 691 y ss.

⁷⁸ Weis, Paul, “The International protection of refugees”, *The American Journal of International Law*, vol. 48, 1954, p. 197.

cuyo éxito aún fue más limitado que el de su predecesora de 1933 con sólo tres ratificaciones,⁷⁹ y el Protocolo Adicional a ambos instrumentos (1939), a través del cual los beneficios de ambos instrumentos fueron extendidos a refugiados provenientes de la “Antigua Austria” y la región de los Sudetes.⁸⁰

Para 1938 el problema se agudizó: los refugiados ascendían a cerca de 600,000. En consecuencia, la Sociedad de Naciones decidió que la Oficina Internacional Nansen para los Refugiados y el Alto Comisionado para los Refugiados de Alemania terminaran su actividad, transfiriendo su competencia, a partir del 1o. de enero 1939, al Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones. A la par, y a iniciativa del presidente Franklin Roosevelt, en julio de 1938 treinta y dos gobiernos se reunieron en Evian para crear el Comité Intergubernamental para los Refugiados con el fin de facilitar la emigración de quienes quisieran abandonar los territorios ocupados por Alemania. A partir de 1939, una sola persona fue designada director del Comité Intergubernamental y Alto Comisionado. Durante la Segunda Guerra Mundial, debido a la imposibilidad de operar en territorio alemán, el Alto Comisionado redujo notablemente su actividad, en tanto se acrecentó la del Comité Intergubernamental, que se extendió a todo aquel que se encontrara obligado a abandonar su propio país porque su vida o su libertad estuvieran en peligro.⁸¹ El 31 diciembre 1940 se dio por concluido el mandato del Alto Comisionado.⁸²

iii. Por último, es preciso señalar que en el seno de la Sociedad de Naciones tuvo lugar la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, la cual desde sus inicios “está dirigida por entero a promover la democracia y los derechos humanos”.⁸³ Como apunta Valticos, “tanto la Constitución de la OIT como sus convenios y recomendaciones han asignado, desde 1919, un lugar preferente a los derechos

⁷⁹ Lillich, Richard B., *op. cit.*, nota 1, p. 36.

⁸⁰ Gortázar Rotaeché, Cristina J., *op. cit.*, nota 72, p. 100; Holborn, Louise W., *op. cit.*, nota 68, p. 698.

⁸¹ Holborn, Louise W., *op. cit.*, nota 68, pp. 699 y ss.

⁸² A partir de julio de 1947, la actividad del Comité sería asumida por la Organización Internacional para los Refugiados.

⁸³ OIT, *Memoria del Director General*, Actividades de la OIT, 1994-1995, Conferencia Internacional del Trabajo, 83 reunión, 1996, p. 7.

humanos, y también han sido inspiradores de los textos universales y regionales relativos a derechos económicos y sociales y a ciertos derechos civiles y políticos”.⁸⁴

Al respecto, es preciso considerar, por un lado, el apartado a) del artículo 23 del Convenio de la Sociedad de Naciones de 1919, que estableció que los Estados “se esforzarán en asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanas para el hombre, la mujer y el niño, *tanto en sus propios territorios como en todos los países a los que se extendieran sus relaciones comerciales e industriales*, estableciendo con ese objeto y manteniendo las organizaciones internacionales necesarias”. Y, por otro lado, el artículo 427 del Tratado de Versalles, que señaló: “el estándar establecido por la ley de cada país con respecto a las condiciones de trabajo debe considerar un tratamiento económico equitativo para *todos los trabajadores* que estén residiendo de forma legal ahí”.

La OIT fue fundada con el fin de asegurar la paz en el mundo a través de la eliminación de la injusticia social mediante el mejoramiento de las condiciones de trabajo. Por ello, ha tenido un papel muy relevante en la promoción de la justicia social y la protección y definición de los derechos laborales de todos los trabajadores, incluidos los extranjeros. Así, desde el preámbulo de su Constitución afirma expresamente la necesidad de proteger “los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero”. Y, en la primera sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1919, se adoptó como uno de sus objetivos “la promoción de la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros”, así como “la coordinación bilateral y tripartita de las políticas migratorias”.⁸⁵

La estructura orgánica de la OIT fue la siguiente: una Conferencia general formada por representantes de todos los Estados miembros; la Oficina Internacional del Trabajo que desempeñaría las funciones de secretaría de la organización, y un Consejo de Administración de composición restringida. Lo innovador de la OIT es que la representación de los Estados en la Conferencia y el Consejo de Administración incluía no sólo representantes de los gobiernos, que era lo tradicional, sino de las organizaciones patronales y los sindicatos obreros, en una proporción del 50%. Se

⁸⁴ Valticos, Nicolas, “La Organización Internacional del Trabajo”, en Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, París; Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, vol. 2, p. 504.

⁸⁵ Lillich, Richard B., *op. cit.*, nota 1, p. 69.

introducía así, como señala Carrillo Salcedo, “una ruptura de lo interestatal, que había sido una de las notas características del orden internacional desde la Paz de Westfalia, en 1648, y continuaba siendo, en 1919, el rasgo fundamental del orden internacional”.⁸⁶

Las principales funciones de la OIT fueron la elaboración de convenios y recomendaciones en materia laboral, así como el controlar la aplicación efectiva de los convenios concluidos bajo sus auspicios en los Estados miembros que los hubieran ratificado, y que, en consecuencia, estuvieran jurídicamente obligados por los mismos. La preocupación de la OIT, plasmada desde sus documentos fundacionales, por proteger los derechos de los trabajadores extranjeros, se ha materializado en sus convenios y recomendaciones sobre igualdad de trato de trabajadores nacionales y extranjeros.

Un ejemplo de esto son los siguientes instrumentos emitidos antes de 1945, los cuales, a pesar de ya no estar vigentes, por estar superados o estar en situación provisoria,⁸⁷ son un buen ejemplo de la postura de la organización en este sentido: Convenio núm. 19, sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), de 1925; Recomendación núm. 25, sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), de 1925; Convenio núm. 21, sobre la inspección de los emigrantes, de 1926; Convenio núm. 48, sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, de 1935; Convenio núm. 66, sobre los trabajadores migrantes, de 1939; Recomendación núm. 61, sobre los trabajadores migrantes, de 1939.

Por otro lado, cabe señalar que la Declaración de Filadelfia de 1944 subrayó la necesidad de asegurar la dignidad humana en el mundo del trabajo, sobre la base de la consideración de que “el trabajo no es una mercancía” y “la libertad de expresión y asociación es esencial para el progreso constante”.⁸⁸ Así, se consolidó la idea de que la dignidad humana en el trabajo constituye un elemento inherente al desarrollo de la actividad laboral, y que *todos los trabajadores, como seres humanos que son*, deben poder ejercer su libertad laboral de manera libre y con respeto de su propia

⁸⁶ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1991, *op. cit.*, nota 44, p. 59.

⁸⁷ Al respecto, consúltese <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/subject5.htm#s01>.

⁸⁸ OIT, *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia de 1944)*, parte I, apartados a) y b).

personalidad y sus derechos como individuos. Lo anterior, debido a que "*todos los seres humanos*, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades".⁸⁹

5. *Tratados de movimientos colectivos de personas*

Si bien la práctica de asegurar derechos a los extranjeros a través de tratados continuó durante el siglo XX, a la par tuvo lugar la celebración de tratados bilaterales y multilaterales relativos a los movimientos colectivos de personas, ya sea con el fin de intercambiar poblaciones enteras o con fines laborales. Es cierto que con anterioridad al siglo XX ya se habían celebrado ambos tipo de acuerdos;⁹⁰ sin embargo, fue a partir de la Primera Guerra Mundial cuando cobraron mayor relevancia: no sólo militares fueron reclutados para la guerra, sino también poblaciones enteras para cubrir la escasez de mano de obra.⁹¹

i. Los movimientos de intercambio de poblaciones enteras⁹² sólo son relevantes para el estudio de los derechos de los extranjeros de forma secundaria, puesto que normalmente existen disposiciones que prevén el cambio de la nacionalidad de las personas transferidas, por lo que una vez que la transferencia tiene lugar, cambia su estatus a nacionales.⁹³ Sin embargo, es preciso anotar, aunque sea de forma breve, los esfuerzos en este campo tendientes a proteger a las personas intercambiadas. La necesidad de intercambiar poblaciones surgió al final de la Primera Guerra Mundial, sobre todo en el Imperio Otomano.⁹⁴ En 1919, Grecia y Bulgaria celebraron la Convención Relativa a la Emigración Recíproca, a través de la cual negociaron el

⁸⁹ *Ibidem*, parte II, apartado a).

⁹⁰ Por ejemplo, en el caso de intercambio de poblaciones enteras, el Tratado de Utrecht de 1713 previó la transferencia de la población francesa de Nueva Escocia en Canadá a Louisiana.

⁹¹ Lillich, Richard B., *op. cit.*, nota 1, p. 33.

⁹² Para abundar sobre este tema, véase De Zayas, Alfred M., "International Law and Mass Populations Transfers", *Harvard International Law Journal*, vol. 16, 1975, pp. 207-258.

⁹³ Por ejemplo, véase el artículo 7 de la Convención Relativa al Intercambio de Poblaciones griegas y turcas y su Protocolo de 1923.

⁹⁴ Sobre estos intercambios de poblaciones, véase Ladas, Stephen P., *The Exchange of Minorities. Bulgaria, Greece and Turkey*, New York, MacMillan, 1932, pp. 18-23.

intercambio voluntario de personas. Se estima que 55,000 personas se movieron de Grecia a Bulgaria y 30,000 de Bulgaria a Grecia.⁹⁵ Por un acuerdo con Grecia, la Sociedad de Naciones asistió a estas personas en el proceso de su reestablecimiento en su nuevo país y se emitió el Protocolo Relativo al Asentamiento de Refugiados en Grecia, el cual creó con este propósito la Comisión del Asentamiento del Refugiado de 1923.⁹⁶ La Sociedad de Naciones también asistió a Bulgaria a obtener un préstamo para fines de reestablecimiento de esas personas.⁹⁷ Otro intercambio importante de personas fue el acontecido en 1923 entre Grecia y Turquía, si bien fue un intercambio obligatorio. Se estima que con la Convención Relativa al Intercambio de Poblaciones griegas y turcas, de uno a tres millones de griegos dejaron Turquía para reestablecerse en Grecia, y que unos 400,000 turcos dejaron Grecia para hacer lo mismo en Turquía.⁹⁸ Finalmente, cabe señalar los tratados celebrados por la Alemania nazi con varios Estados de Europa Central con el fin de permitir la entrada voluntaria de personas de origen alemán a Alemania.⁹⁹

- ii. Los movimientos de personas más relevantes para la materia de los derechos de los extranjeros son los de trabajadores migrantes. No obstante, se debe señalar que con anterioridad a 1945 hubo un limitado desarrollo en este ámbito debido a la limitación de mano de obra extranjera ocasionada por las guerras mundiales. El caso de excepción fue Francia, que celebró diversos tratados de trabajadores migrantes con países como Polonia e Italia (1919), Checoslovaquia (1920), Bélgica (1921), Luxemburgo (1923), Austria (1928), Yugoslavia y Grecia (1929) y Rumania (1930).¹⁰⁰ No obstante, ninguno de estos tratados contuvo disposiciones relativas a los derechos que los trabajadores migrantes gozarían durante su estancia, salvo uno importantísimo: el de gozar de un sueldo igual que los nacionales por el desempeño

⁹⁵ Simpson, John Hope, *Refugees. Preliminary Report of a Survey*, London, Royal Institute of International Affairs, 1938, p. 13.

⁹⁶ Lillich, Richard B., *op. cit.*, nota 1, pp. 33 y 38.

⁹⁷ Ladas, Stephen P., *op. cit.*, nota 94, pp. 590-597.

⁹⁸ Simpson, John Hope, *op. cit.*, nota 95, p. 9; Ladas, Stephen P., *op. cit.*, nota 94, pp. 33-588.

⁹⁹ Vernant, Jacques, *The refugee in the post-war world*, London, Allen & Unwin, 1953, pp. 95 y 96.

¹⁰⁰ Collomp, Catherine, Immigrants, "Labor Markets, and the State, a Comparative Approach: France and the United States, 1880-1930", *The Journal of American History*, vol. 86, núm. 1, jun., 1999, pp. 49-51.

de un trabajo igual. Que esta disposición se cumpliera, como afirma Lillich, es otra cuestión.¹⁰¹ Algunos de estos tratados, como el firmado con Polonia, también contuvieron una cláusula de la nación más favorecida, con la cual el gobierno francés quedaba obligado a no tratar menos favorablemente a los trabajadores polacos en comparación con los trabajadores migrantes de terceros países.¹⁰² De este modo, estos tratados constituyen un modesto avance en materia de protección de los derechos de los trabajadores migrantes.

6. *La internacionalización de los derechos humanos y la protección de los extranjeros*

A. *Marco de referencia*

La internacionalización de los derechos humanos tuvo lugar casi hasta la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, desde antes de 1945, en particular en el siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, ya se habían hecho algunos esfuerzos internacionales, si bien incipientes, para proteger ciertos derechos humanos: las garantías de libertad religiosa y conciencia de ciertas minorías impuestas por el Concierto Europeo al Imperio Otomano en el siglo XIX;¹⁰³ los tratados relativos a la prohibición de trata de esclavos¹⁰⁴ y

¹⁰¹ Lillich, Richard B., *op. cit.*, nota 1, p. 34.

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ La libertad de conciencia y religión ya había sido reconocida por la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. En el siglo XIX destacan los avances jurídicos que se realizaron en algunos tratados, como el Tratado de Berlín de 1878 y el Acta del Congo del 26 de febrero de 1885. Sobre este tema, véase Fernández Liesa, Carlos R., "La protección de las minorías en el derecho internacional general. Análisis y evolución del estatuto jurídico internacional", en Mariño Menéndez, Fernando M. *et al.*, *La protección internacional de las minorías*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 51-311, en especial pp. 71-87.

¹⁰⁴ El primer tratado que condenó el tráfico de esclavos fue el firmado por Francia y Gran Bretaña e incluido en los "artículos adicionales" al Tratado de Paz de París del 30 de mayo de 1814. Por su parte, el Congreso de Viena elaboró una Declaración sobre la abolición de la trata de esclavos negros que consideró "contraria a los principios de la humanidad y la moral universal", lo cual, en realidad, sólo constituía un compromiso de celebrar en el futuro tratados para hacer efectiva la prohibición. Un artículo adicional al segundo Tratado de Paz de París, del 20 de noviembre de 1815, estableció el acuerdo de los Cinco de renovar sus esfuerzos para la abolición de la trata. Así, por medio del Tratado de Londres, del 20 de diciembre de 1841, estos Estados se atribuyeron el derecho recíproco de visita y captura en alta mar de barcos de sus respectivos pabellones. La prohibición internacional de la esclavitud fue luego recogida por el Acta de Berlín, del 26 de febrero de 1885, firmada por 15 Estados, cuyo artículo 6 imponía a los Estados que actuaran en la zona geográfica en la que el

de “blancas”,¹⁰⁵ los convenios destinados a la protección de heridos y enfermos en tiempos de guerra;¹⁰⁶ los tratados orientados a la regulación de la conducción de las hostilidades,¹⁰⁷ así como los tratados dirigidos a la protección de los derechos relativos al trabajo¹⁰⁸ y la salud.¹⁰⁹

Acta se aplicaba y el deber de impulsar el desarrollo de las poblaciones locales y de suprimir la esclavitud y el tráfico de esclavos; la prohibición de la esclavitud fue enfatizada por el artículo 9 de dicho instrumento. Posteriormente, en el Acta General de Bruselas del 2 de julio de 1890, las partes se comprometieron a oponerse activamente a la esclavitud y al tráfico de esclavos en toda África y a castigar penalmente a los responsables de ella. Este tratado fue ratificado por todos los Estados europeos, además del Congo, Persia, Turquía, Estados Unidos y Zanzíbar. Mariño Menéndez, F. M., 2007, “La protección internacional de los derechos fundamentales durante el siglo XIX”, *op. cit.*, nota 36, pp. 538 y 539. Ya en el siglo XX la prohibición internacional de la esclavitud estaría consolidada y se adoptarían la Convención sobre la Esclavitud, adoptada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 y el Convenio de la OIT No. 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, del 28 de junio de 1930.

¹⁰⁵ Destacan convenios bilaterales de principios del siglo XX: el Convenio de París, del 15 de julio de 1902, sobre medidas administrativas para garantizar una defensa eficaz contra la trata de blancas (que prevé intercambios de información entre los Estados partes, así como algunas actividades de control); la Convención Internacional con objeto de asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal conocido bajo el nombre de “trata de blancas”, adoptada en París el 18 de mayo de 1904; la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores, adoptada en Ginebra el 30 de septiembre de 1921; y la Convención internacional relativa a la represión de la trata de blancas (suscrita en París el 4 de mayo de 1910), de 7 de agosto de 1935.

¹⁰⁶ Convención de Ginebra de 1864 para mejorar la suerte de los heridos en campaña (renovada en 1906). Véanse Fernández Liesa, Carlos R., “Desarrollos doctrinales y de la práctica internacional de protección de derechos humanos en el siglo XIX”, en Peces-Barba, Gregorio *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, vol. 3, t. V, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 570-574; Jiménez Piernas, Carlos Bartolomé, y Crespo Navarro, Elena, “La organización de la paz y la limitación del uso de la fuerza en pleno apogeo del imperialismo: las Conferencias de Paz de La Haya”, en Peces-Barba, Gregorio, *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 3, tm. V, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 643-694.

¹⁰⁷ Convenciones de La Haya de 1899 y 1907. *Idem.*

¹⁰⁸ Cabe destacar, en primer lugar, la cooperación social internacional, y los inicios del *derecho al trabajo*, cuyos esfuerzos darían lugar al Convenio de Berna, del 26 de septiembre de 1906, y a una serie de tratados particulares. Liszt, F. von, *Derecho internacional público*, Barcelona, Gustavo Pili, 1929, pp. 342-345. A partir de 1920, con la creación de la OIT, es cuando toma forma la protección internacional de los derechos relativos al trabajo. Véanse los convenios celebrados en el ámbito de la OIT hasta antes de 1945 en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>.

No obstante lo anterior, los avances más significativos en la protección internacional de los derechos humanos vinieron a partir de 1945, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas y la puesta en marcha del moderno sistema de derechos humanos. Los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial orillaron a líderes políticos y académicos a ver en la protección de los derechos humanos un fin y un medio para ayudar a garantizar la paz internacional y la seguridad. El siglo XX fue testigo de que el Estado, con relativa frecuencia, no sólo no cumple con su obligación de asegurar derechos básicos a las personas dentro de su jurisdicción, sino que, de hecho, con frecuencia se convierte en agente de violación de los mismos. Como señala Szabo:

Mientras que la aparición de los derechos del ciudadano había sido en su tiempo el resultado del progreso social (y, poco antes de ello, una manifestación de nuevas y previsibles necesidades), la irrupción de los derechos humanos en la escena internacional era consecuencia de fenómenos sociales que en modo alguno podían considerarse como positivos. La despiadada y masiva destrucción de individuos y grupos en los Estados fascistas, el desprecio que se evidenciaba por el ser humano y el agudo deterioro de las relaciones entre el Estado y el hombre fueron factores que ayudaron a que se intentara elevar los derechos humanos a la categoría de leyes internacionales y conseguir una cierta protección de dichos derechos.¹¹⁰

¹⁰⁹ La primera conferencia sanitaria internacional se celebró en París en 1851 y, posteriormente, el 27 de mayo de 1853 se firmó un convenio para luchar contra el cólera y se fueron creando algunas instituciones de cooperación internacional en la materia, como el Consejo Internacional de Sanidad (Bucarest). El 31 de enero de 1892 se firmó en Venecia un Convenio para luchar contra el cólera, el cual reformó al Consejo Sanitario y Cuarentenario de Alejandría, que adquirió carácter internacional. Otros instrumentos para luchar contra el cólera fueron: el Acuerdo de Dresde, del 15 de abril de 1893, sobre la lucha contra la propagación del cólera en Europa; y el convenio sanitario para la adopción de medidas para combatir el cólera en los países de origen, del 3 de abril de 1894. Del mismo modo, durante el siglo XIX se incrementó la cooperación en la lucha para erradicar o minimizar los efectos de otras enfermedades epidémicas como la peste y fiebre amarilla. En esta línea destacan el convenio sanitario de lucha contra la peste, del 19 de marzo de 1897; y la Conferencia de París de 1903, que dio lugar al convenio relativo a las medidas contra la peste, el cólera y la fiebre amarilla, del 3 de diciembre de 1904. Fernández Liesa, Carlos R., 2007, *op. cit.*, nota 106, pp. 569-570; Liszt, F. von, *op. cit.*, nota 108, pp. 3245 y ss.

¹¹⁰ Szabo, Imra, "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", en Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. 1, París; Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, p. 50.

Las potencias empezaron a hacer énfasis en la protección internacional de los derechos de la persona humana desde tiempo antes de la resolución de la guerra. En su famoso discurso “Las Cuatro Libertades” ante el Congreso estadounidense en 1941, Roosevelt señaló que cuatro libertades básicas debían ser respetadas en todo lugar del mundo: I. Libertad de palabra y expresión; II. Libertad de religión; III. Libertad de querer, que se traduce en que en cada país haya políticas económicas que aseguren una vida saludable y pacífica para sus habitantes, y IV. Libertad de evitar todo aquello que haga que la gente sufra algún temor.¹¹¹ Estos cuatro principios jugaron un papel importante en el incipiente consenso para crear una organización internacional que pudiera garantizar la paz y los derechos humanos. Más tarde encontrarían expresión en la Carta del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas como una representación específica de los objetivos de paz y guerra. Como afirmó Roosevelt:

El orden mundial que buscamos es la cooperación de los países libres, trabajando juntos en una sociedad civilizada y amigable... Libertad significa la supremacía de derechos humanos en todas partes. Nuestro apoyo va hacia aquéllos que luchan por obtener esos derechos o conservarlos. Nuestra fuerza está en nuestra unidad de propósito.¹¹²

Una vez que la guerra finalizó, los Estados victoriosos crearon la Organización de Naciones Unidas, una organización internacional general cuyos fines incluirían la protección de los derechos humanos. De hecho, uno de los primeros proyectos de la Carta de las Naciones Unidas (1942) contemplaba que el propósito de Naciones Unidas sería establecer y mantener “los medios con los que la paz y los derechos humanos pudieran ser asegurados”. No obstante, mientras que en la elaboración del proyecto de artículos fue relativamente fácil llegar a un acuerdo en lo relativo a los derechos civiles y políticos, no sucedió lo mismo con los derechos económicos a los que se refería Roosevelt en su “libertad de querer” y las medidas para implementarlos. Por ello, la idea de una Declaración de Derechos Humanos se abandonó para el tiempo de la Conferencia en Dumbarton Oaks, de 1944.¹¹³

¹¹¹ Sohn, Louis B., “How American International Lawyers Prepared for the San Francisco Bill of Rights”, *The American Journal of International Law*, vol. 89, núm. 3, 1995, pp. 540 y 541.

¹¹² De Zayas, Alfred, “The relevance of Roosevelt’s Four Freedoms Today”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 61 y 62, 1992-1993, p. 239.

¹¹³ *Idem.*

Las propuestas para el establecimiento de una Organización General Internacional aprobadas en Dumbarton Oaks en 1944 sólo contuvieron como uno de los propósitos de la nueva organización “la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales económicos, sociales y otros problemas humanitarios”.¹¹⁴ Asimismo, se afirmó que “con el fin de crear las condiciones necesarias de estabilidad y bienestar para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones”, la Organización debía “promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.¹¹⁵

El reconocimiento internacional de los derechos humanos implicó “la humanización del orden internacional, evidente en la vigencia de normas internacionales generales respecto de los derechos fundamentales de la persona y del derecho de los pueblos a su libre determinación”.¹¹⁶ Y la garantía del disfrute efectivo de los derechos humanos se convirtió en el objetivo inmediato y único de los sistemas de protección de los derechos humanos y en una de las prioridades de la comunidad internacional, tal y como lo expresó la Resolución 48/141 de 1994 de la Asamblea General de las Naciones Unidas: “la promoción y la protección de todos los derechos humanos es una de las prioridades de la Comunidad Internacional”. De este modo, podemos afirmar que los derechos humanos se han convertido en una preocupación central de la sociedad internacional. En palabras de Díaz Barrado, “la inclusión de los derechos humanos en la agenda internacional como una cuestión no sólo relevante sino, incluso, prioritaria, revela, entre otros muchos factores, que estamos en una etapa diferente a la sociedad internacional contemporánea y que se ha producido el salto natural a un nuevo período de las relaciones internacionales... la *sociedad internacional del tiempo presente*’.”¹¹⁷

B. *Las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos*

A partir de la internacionalización de los derechos humanos, el Estado tiene obligaciones internacionales de respeto de los derechos humanos de *todas* las personas

¹¹⁴ Capítulo I, apartado 4.

¹¹⁵ Capítulo IX, sección A, apartado 1.

¹¹⁶ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El derecho internacional en un mundo en cambio*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 197.

¹¹⁷ Díaz Barrado, Cástor Miguel, “Los derechos humanos en el plano internacional: balance a los inicios de un nuevo siglo”, *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, vol. III, p. 482.

bajo su jurisdicción, sean nacionales o extranjeras, las cuales se irán concretando en diversos instrumentos jurídicos internacionales, desde la Carta de las Naciones Unidas, pasando por múltiples tratados internacionales, hasta resoluciones de la Asamblea General de NU u otros. Las obligaciones en materia de derechos humanos se encuentran en diferentes fuentes del derecho, llevando a poder distinguir entre un régimen internacional convencional y un régimen internacional general. El primero estaría formado por tratados internacionales, universales y regionales, que pueden contener normas primarias y secundarias, las cuales permiten tanto la exigencia de responsabilidad mediante reclamaciones interestatales como reclamaciones del particular. En cuanto al régimen internacional general de derechos humanos, no hay un claro consenso doctrinal. Ni sobre sus fuentes, que según la doctrina son la costumbre internacional, los principios generales de derechos o ambos, ni sobre su contenido, pues es una tarea controvertida la identificación del núcleo duro de derechos humanos fundamentales que formaría este derecho internacional general.

Las obligaciones internacionales que los Estados contraen en materia de derechos humanos difieren de las que contraen en otros ámbitos. En primer término, por el *objeto protegido*. El Estado asume obligaciones con respecto a las personas bajo su jurisdicción (relación vertical), lo que las diferencia de otras obligaciones que generarían obligaciones únicamente respecto a otros Estados (relación horizontal). Esto, junto al interés jurídico protegido, que es un interés general: la dignidad humana, conlleva en segundo término a que se diferencien del resto de obligaciones por su *naturaleza*. Son obligaciones *erga omnes* (por oposición a *erga singulos*), que, de acuerdo con el *dictum* de la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, se contraen ante toda la comunidad internacional e incorporan valores esenciales para ésta, por proteger derechos esenciales, siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento.¹¹⁸ Esto significa que el Estado las asume frente al resto de Estados, los cuales, dependiendo del origen de la obligación, podrán ser los que son partes de un tratado universal o cuasiuniversal (*erga omnes contractantes*), en el caso del derecho internacional

¹¹⁸ CIJ, *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España) Nueva Demanda: 1962*, segunda fase, sentencia del 5 de febrero de 1970, p. 32, párr. 33.

particular, o los que conforman la comunidad internacional, en el caso del derecho internacional general (*erga omnes*).¹¹⁹

En tercer lugar, *en su relación con otras obligaciones internacionales*. El cumplimiento de los instrumentos relativos a los derechos humanos, a diferencia de otro tipo de tratados internacionales, no puede exigirse con base en la reciprocidad entre Estados. Esto significa que el hecho de que una parte incumpla con sus obligaciones respecto a un tratado de derechos humanos no da derecho a las otras partes a incumplir el mismo. Lo anterior se debe principalmente a que si bien la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos se contrae frente a otros Estados, los beneficiarios del cumplimiento del tratado son las personas bajo la jurisdicción de los Estados. Por ello, las normas contenidas en los tratados de derechos humanos deben cumplirse de buena fe por los Estados.¹²⁰ De esta manera, quedan sobrepasadas las obligaciones recíprocas, que son las que fundamentan las relaciones de Estado a Estado. En este sentido, puede entenderse la afirmación de que los derechos humanos desplazan la lógica interestatal. A esto se refirió expresamente la CIJ en su famoso *dictum* del caso *Barcelona Traction*. No obstante, no hay consenso de qué obligaciones tienen tal carácter en el marco del derecho internacional general ni, sobre todo, las consecuencias que en el plano de las normas secundarias se derivan de la violación de una obligación de tal naturaleza.

¹¹⁹ Cebada Romero, Alicia, "Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, 2002, p. 3.

¹²⁰ Esta regla excepcional está prevista en el artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el cual señala: "Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados". Asimismo, conviene resaltar lo dispuesto por el artículo 50.1, inciso b), del Proyecto de artículos relativo a la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001, el cual señala: "Las contramedidas no afectarán: b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales". De este modo, en ambas disposiciones se busca resaltar, por un lado, la importancia de los tratados de derechos humanos respecto a otros tratados internacionales y, por otro, que las obligaciones de derechos humanos deben ser respetadas bajo cualquier circunstancia. La jurisprudencia internacional también se ha pronunciado en este sentido, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982 "*El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*", serie A, núm. 2, párr. 29.

En cuarto lugar, *en cuanto a su rango o carácter*. También por proteger intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto, algunas de estas obligaciones tienen un rango de normas imperativas, perentorias o de *jus cogens*, que no admiten acuerdo en contrario sino por otra norma considerada como tal por la comunidad internacional en su conjunto.¹²¹ En este punto vuelven a darse posiciones encontradas, pues tampoco hay consenso en la identificación de los derechos humanos que tendrían tal carácter. Serían en el fondo los derechos humanos del derecho internacional general.

C. *La protección de los derechos humanos de los extranjeros a partir de la internacionalización de los derechos humanos*

Con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, la protección de los derechos de los extranjeros quedó vinculada a esta rama del derecho internacional. En consecuencia, los extranjeros, como seres humanos que son, están cubiertos generalmente por todas las previsiones de derechos humanos, con las excepciones generalmente aceptadas (por ejemplo, el goce de los derechos políticos), y que se encuentran señaladas en las referidas previsiones.

El derecho internacional de los derechos humanos se articula en el Código Internacional de los Derechos Humanos, el cual es un conjunto de normas sustantivas y adjetivas formado por 143 tratados internacionales y protocolos de derechos humanos que crean obligaciones jurídicas concretas para los Estados partes de los mismos. Este Código no se agota en los tratados internacionales de derechos humanos, sino que se completa con otros instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido aprobados por resoluciones de los órganos correspondientes de las organizaciones internacionales. Tales instrumentos adoptan la forma de declaraciones, reglas mínimas, conjuntos de principios, recomendaciones, resoluciones o decisiones, y no tienen el mismo valor jurídico que los tratados internacionales de derechos humanos. Este Código pone en funcionamiento un entramado institucional que se encarga de supervisar, controlar y garantizar el buen cumplimiento de esas obligaciones por parte de los Estados, y su objetivo es “el fomento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentalmente reconocidas, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades”.¹²²

¹²¹ Véanse los artículos 53 y 64 de la CV69.

¹²² Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2006, p. 92.

Asimismo, los extranjeros también están protegidos por otros mecanismos de derecho internacional, como la protección diplomática y, para el caso de los inversionistas, por el cuerpo normativo de inversión extranjera desarrollado.

V. CONCLUSIÓN

La protección de los derechos de los extranjeros cuenta con numerosos antecedentes tanto en el derecho interno como en el internacional. En este recorrido por la historia de los derechos de los extranjeros se ha corroborado que desde tiempos antiguos los extranjeros han tenido una posición de vulnerabilidad. Asimismo, se ha mostrado que toda vez que la protección internacional de los derechos de los extranjeros se desarrolló de forma paralela al derecho internacional del comercio, históricamente la protección de los derechos de los extranjeros ha sido una protección para comerciantes, inversionistas y, en general, gente de negocios, y no para extranjeros necesitados de ayuda humanitaria. De este modo, la historia de los derechos de los extranjeros empezó como la historia de los derechos de un grupo de “privilegiados”.

Actualmente esta situación ha cambiado. No sólo hay ejemplos de protección a nacionales “no privilegiados” (por ejemplo, véase el caso Avena), sino que existen tratados internacionales dirigidos a proteger a grupos vulnerables de extranjeros, por ejemplo, apátridas, refugiados, solicitantes de asilo y trabajadores migrantes. No obstante, poco se ha hecho para identificar las necesidades comunes de estos extranjeros en situación de vulnerabilidad y abordar los problemas que enfrentan los grupos marginalizados como los solicitantes de asilo y refugio rechazados, los trabajadores migrantes irregulares y los extranjeros que son víctimas de la trata de personas. Aún más, a pesar de que actualmente hay tratados universales y regionales de derechos humanos que extienden su protección a todas las personas dentro de los territorios de los Estados, partes, no existe ningún tratado (fuera del ámbito de la inversión extranjera) dirigido a proveer a los extranjeros (como grupo humano) con recursos para proteger los derechos humanos que internacionalmente tienen reconocidos.

Por lo anterior, es útil reunir las piezas del enorme rompecabezas que configuran la historia de los derechos de los extranjeros, con el fin de revelar un cuerpo general de derecho internacional que proteja a grupos de extranjeros marginalizados, como los migrantes. Estas piezas pueden encontrarse en áreas tan dispares del derecho como el

derecho romano, el derecho comercial medieval, la práctica de los Estados europeos occidentales en los días del imperialismo, la práctica de los tratados comerciales de los siglos XIX y XX, las prácticas de arbitraje tras la Primera Guerra Mundial y, más recientemente, en el derecho internacional de los derechos humanos que ha evolucionado desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, tanto a nivel universal como regional.