

EXTRANJERIA: PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

JOSE CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

I. Ámbito de la competencia exclusiva del Estado

El legislador interno a la hora de establecer un determinado sistema de extranjería no está sometido, en principio, a ninguna mediatización por parte del legislador internacional. Nos movemos en este ámbito dentro de las competencias exclusivas del Estado consecuencia del principio de la soberanía territorial. La soberanía del Estado en la formación de un determinado ordenamiento de extranjería puede considerarse así como la pieza maestra del sistema de fuentes en este sector. Ello obliga a admitir como punto de partida que no existe en esta materia una vinculación directa entre Derecho internacional público y Derecho de extranjería. No obstante debe de admitirse también que la libertad del Estado no es absoluta pues, en el contexto de la cooperación internacional, el legislador ha tener en cuenta a la hora de elaborar su sistema los compromisos internacionales. Sentado esto, debemos de apresurarnos en señalar que existen numerosos obstáculos a la hora de precisar la existencia de una norma internacional que fije los límites exactos que cada Estado tiene en la elaboración de un sistema de extranjería. La jurisprudencia española es particularmente significativa al respecto.

Al admitir en su territorio a nacionales de otros Estados, el Derecho internacional general impone ciertas obligaciones al Estado en función de este hecho, de suerte que constituyen auténticas limitaciones a su soberanía legislativa. De esta forma, surge un bloque normativo denominado “Derecho de extranjería” que cuenta con una doble proyección, interna e internacional. En el plano interno el Derecho de extranjería comporta un conjunto de normas materiales por las cuales se atribuye al no nacional un determinado estatuto jurídico en el ordenamiento del Estado que lo acoge. Este estatuto jurídico se configura, sin embargo, con una notable intervención de las normas internacionales¹. Por ello, desde la perspectiva internacional, el Derecho de extranjería es el conjunto de normas que obligan al Estado a conceder un cierto trato a

¹. Dentro de la literatura reciente sobre esta materia destaca la obra de M. Tamburini, *Trattamento degli stranieri e bouna fede nel diritto internazionale generale*, Pádua, Cedam, 1984.

los extranjeros que se hallan en su territorio respecto a su persona, sus bienes y sus actos y relaciones jurídicas².

Mas la acción del Derecho internacional general, estableciendo unos principios rectores que condicionan el obrar de los Estados no agota el ámbito de los límites del Derecho de extranjería. Al lado del Derecho internacional general el legislador interno está también fuertemente condicionado en la hora actual por otro límite *ad extra*: la normativa internacional de derechos humanos, que debe impregnar toda su obra en el momento de establecer un determinado sistema de extranjería; puede afirmarse que el tema de la protección de los derechos humanos ha cobrado en este ámbito tras la segunda guerra mundial, una dimensión “revolucionaria”, cuya referencia es obligada.

Finalmente, junto a estos límites *ad extra*, el examen de las relaciones entre Constitución y Derecho de extranjería muestra hasta que punto esta constituye un parámetro limitativo a la discrecionalidad del legislador. Si los valores y principios constitucionales están presentes en todos los campos del ordenamiento jurídico, no lo están menos en el Derecho de extranjería. El ejemplo ofrecido por la entrada en vigor de la CE sobre nuestro sistema pone de relieve la validez de dicha afirmación³.

II. Límites externos del Derecho de extranjería

1. Principios del Derecho internacional público

A) Incidencia en el diseño de un sistema de extranjería

A la hora de establecer una determinada reglamentación de la nacionalidad y de la extranjería el legislador interno se encuentra mediatizado, como se ha puesto de relieve,

Pág. 40

por una serie de límites existentes en la actual etapa de la sociedad internacional. En concreto, el Derecho internacional general impone todo un conjunto de pautas, que se acentúan cada vez más en virtud de lo que W. Riphagen calificase de “influencia de las relaciones interestatales sobre la solución de los problemas derivados de la coexistencia de sistemas jurídicos”⁴; frente al aparente desinterés del Derecho de

² Acerca de la dimensión internacional del Derecho de extranjería *Vid.* S. Basdevant, “Thórie générale de la condition des étrangers”, *Répertoire de droit international* (Lapradelle-Niboyet), t. VII, pp. 4 ss. y 20 ss.; J. Maury, voz “Etranger”, *Encyclopédie Dalloz dr. civ.*, t. II, 1952, pp. 619 ss.; L. Cavaré, *Le droit international public positif*, I, París, Pedone, 1961, pp. 272-286; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, II, Sezione Prima, Milán, Giuffrè, 1958, pp. 706 ss.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 518 ss. Asimismo, para un estudio de la evolución del Derecho internacional en este orden resulta imprescindible la lectura del curso de A. Verdross, “Règles internationales concernant le traitement des étrangers”, *R. des C.*, t. 37 (1931-III), pp. 327-409.

³ *Vid.* las consideraciones críticas realizadas por J.Mª Espinar Vicente, “Constitución, desarrollo legislativo y Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 109-134.

⁴ W. Riphagen, “The Relationship between Public and Private Law and the Rules of Conflict of Laws”, *R. des C.*, t. 102 (1961-I), p. 293. En su opinión, “the rules of the law of nations, like every legal rule, have as their ultimate object the regulation of human society, but their approach is one

gentes en tiempos pasados (recuérdese el *obiter dictum* del TPJI en el asunto de *Lotus*), puede afirmarse que hoy la situación ha variado sustancialmente y que este hecho es particularmente relevante en los círculos jurídicos con un cierto grado de integración. En cualquier caso, la soberanía del Estado en el establecimiento de un determinado régimen de extranjería, sigue siendo la regla de base.

La manifestación más importante de la reglamentación internacional de la extranjería es el Convenio, cuestión esta que no nos corresponde examinar ahora. No obstante, al lado del Convenio, existen unos principios generales que la doctrina ha ido decantando a partir de la práctica de los Estados y que suelen informar las normativas internas en materia de extranjería. En efecto, como señaló A. Verdross en un documentado informe presentado en 1950 en el Instituto de Roma, la doctrina reconoce que en el Capítulo de la condición de los extranjeros existen reglas universales que obligan a todos los Estados de la Comunidad internacional con independencia de un Convenio⁵. Asimismo, la jurisprudencia internacional se ha pronunciado en ocasiones sobre la existencia de un Derecho internacional común de los extranjeros; en concreto, en el asunto de las *reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos* el árbitro único M. Huber aludió a las existencia de unos “principios del Derecho de gentes que, en ausencia de tratado, reglamentan los derechos de los extranjeros”⁶. De otra parte, dichos principios han aparecido formulados como directrices de carácter general; a este respecto el TIJ en su Sentencia de 5 de febrero de 1970 en el asunto de la *Barcelona Traction Co. Ltd.*, realizó unas importantes consideraciones; en concreto que “desde el momento en que un Estado admite en su territorio inversiones extranjeras, personas físicas o jurídicas, está obligado a concederles la protección de la ley y asume ciertas obligaciones respecto a su trato. Dichas obligaciones no son, sin embargo, absolutas y sin reserva”⁷.

Ahora bien, pese a la existencia de los precedentes anteriores y a la corriente doctrinal favorable, no puede desconocerse que principios generales del Derecho internacional público poseen un carácter muy residual en materia de condición jurídica de los extranjeros. En tal dirección J. Maury y P. Lagarde han afirmado que si bien tales principios ofrecen en relación con los tratados la ventaja de la generalidad, poseen en contrapartida el inconveniente de la imprecisión⁸; y aunque en principio puedan utilizarse como importantes excepciones a la soberanía estatal, su aplicación práctica resulta extraordinariamente compleja. Concretamente, se suele aludir a dos principios que derivan del Ordenamiento internacional que, según determinada corriente doctrinal, suelen informar la normativa interna de extranjería: el principio de igualdad de trato y el principio de trato mínimo internacional.

El primero de ellos parte de la presunción de que el Estado actúa de conformidad con las reglas del Derecho internacional que le imponen ciertas obligaciones de comportamiento respecto a los extranjeros. En esta línea es revelador el Preámbulo de la Carta de San Francisco de 1945, al proclamar la igualdad de derechos de todos los

which regards the states as sovereigns exercising power”.

⁵ A. Verdross, “La jouissance et l'exercice des droits civils par les étrangers”, *Rev. hellén. dr. int.*, 1951, pp. 344-353.

⁶ *R.I.A.A.*, II, p. 633.

⁷ *C.I.J. Recueil 1970*, pp. 47-48.

⁸ J. Maury y P. Lagarde, voz “Etranger”, *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, I, 1968, pp. 769-770.

hombres⁹. El postulado de igualdad tuvo sus orígenes en la Revolución francesa y posteriormente se plasmaría en la codificación interna del siglo XIX como, por ejemplo, el art. 3 del Cc italiano de 1865 o, en España, en los arts. 15 Ccom y 27 Cc. Pero la máxima expresión del principio la encontramos, vinculada a la actividad comercial de los extranjeros, en la jurisprudencia francesa de este periodo. Son ilustrativas, a este respecto, las Sentencias de la *Cour de Casation* (Sala civil) de 3 y 5 de julio de 1865, donde llegó a afirmarse expresamente que el ejercicio del comercio no puede restringirse a los extranjeros “por ser una facultad reconocida por el Derecho de gentes”¹⁰. Hoy, sin embargo, el principio de igualdad de trato se ha visto privado de contenido, reservándose para actividades concretas como, por ejemplo, la capacidad para ser parte en juicio¹¹. Incluso su feudo tradicional, la actividad comercial, ha cedido sustancialmente ante el intervencionismo estatal¹². Cabe señalar, en tal sentido, el R. Decreto 1.884/78, de 26 de julio, según el cual la formulación del art. 15 Ccom.

Pág. 41

respondía a un contexto ideológico y normativo de la época en que se promulgó, que no tiene traducción en la hora actual.

El principio del trato mínimo internacional o del *international standard of treatment*, es una noción acuñada por el Derecho internacional que faculta al Estado de donde es nacional un individuo para reclamar ante un país extranjero si la normativa de este último no es conforme a un *standard* mínimo internacional. Dicho principio, si bien cuenta hoy con indiscutible vigencia, resulta de difícil precisión en cuanto a su contenido. Nadie duda que comprende los supuestos de muerte, prisión, malos tratos, detención prolongada, etc... de los extranjeros, pero en ciertos casos su alcance es controvertido. Así, por ejemplo, en relación con las nacionalizaciones de bienes extranjeros, las diferencias entre países desarrollados y países subdesarrollados o, si se quiere, entre países inversores y países receptores de capital, pueda traer como consecuencia que, en estricta aplicación del principio, los extranjeros lleguen a alcanzar un estatuto superior al de los propios nacionales. Ello iría contra el postulado

⁹ Sobre el valor de la Carta respecto al trato de los extranjeros es sumamente ilustrativa, aunque en un sentido negativo, la Sent. del Tribunal Supremo de California de 17 de abril de 1952 (*Fujii v. State of California*) (I.L.R., 1952, pp. 312-316. Vid. el texto castellano en J.D. González Campos, *Materiales de prácticas de Derecho internacional público*, Madrid, Escuela Diplomática, curso 1975-76, pp.27-30.

¹⁰ Vid. M. Simon-Depitre, “Condition des étrangers en France”, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 523, n° 17 y bibliografía allí citada. Sobre el fundamento de esta concepción resulta obligada la referencia al estudio histórico de J. Portemer, “L'étranger dans le droit de la Révolution française”, *Recueil de la Société Jean Bodin*, t. X, *L'étranger*, Bruselas, 1958, pp. 533-552 y al informe de H. Batiffol, “Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé français”, *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (1961-1962)*, t. XIV, París, 1965, pp. 460-467.

¹¹ Desde una perspectiva general resulta de gran utilidad el libro de F.G. Dawson, I.L. Head (con la colaboración de P.E. Herzog), *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, Siracusa, U.S.A., 1971.

¹² Vid. N. Catalano, “Rapport général sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire”, *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (1961-1962)*, t. XIV, París, Dalloz, 1965, pp. 433-439.

de la igualdad de trato¹³.

Junto a los principios anteriores, cierto sector doctrinal alude a la existencia del principio de reciprocidad como informador del régimen de extranjería. De acuerdo con esta concepción debe atenderse a dos nociones de reciprocidad. La primera sería la reciprocidad *strictu sensu*, frecuentemente aludida en los tratados de establecimiento, según la cual en las relaciones entre dos Estados los nacionales de uno de ellos gozarán en el territorio del otro de los derechos que los nacionales de este último gozan en el territorio del primero. Pero al lado de esta noción se ha señalado que la reciprocidad es la manifestación de un fenómeno más general: “la identidad o, al menos, la equivalencia que cada Estado entiende obtener entre el trato que reserva a los extranjeros en su territorio y el aplicado a sus nacionales en los países extranjeros”¹⁴. La consecuencia sería, pues, la aplicación de un estatuto común entre los dos Estados respecto de aquellas normas en las que ambas legislaciones coinciden. La inclusión del criterio de la reciprocidad diplomática como principio rector del sistema francés de extranjería, realizado por el art. 11 del Código de Napoleón ha propiciado un extraordinario desarrollo del mismo por parte de la doctrina, no siendo de extrañar que los autores franceses hayan ascendido su rango a escala internacional¹⁵.

No obstante, como ha indicado P. Lagarde, no parece que el Derecho internacional general condene las discriminaciones a extranjeros sobre la base de la reciprocidad, salvo que se trate de derechos tan evidentes como el derecho a la vida o al reconocimiento de la personalidad jurídica¹⁶. En efecto, la reciprocidad no suele informar el Derecho de extranjería a los fines de una atribución de derechos, sino que más bien opera en el plano de la aplicación de las normas y, muchas veces, como fundamento de una medida de retorsión. Este extremo ha sido resaltado por M. Virally al destacar el aspecto negativo de la retorsión en lo que respecta a la ejecución del Derecho internacional ya que esta supone un paralelismo de comportamiento por parte del Estado afectado¹⁷. La práctica más frecuente de este comportamiento del Estado se produce por medio de la expulsión de los miembros de las misiones diplomáticas, de la adopción de medidas económicas frente a las nacionalizaciones de

¹³ J. Combacau ha resaltado que el *standard* mínimo internacional impone al Estado una obligación de diligencia respecto a los extranjeros que entraña una doble actitud: a) preventiva, por cuanto debe adoptar una actitud razonable para que los extranjeros no sufran daños ante las previsibles actitudes de los particulares o de sus propios agentes; b) reparativa, en tanto que está obligado a adoptar las medidas pertinentes para reparar los actos cometidos contra los extranjeros en su territorio (Cf. J. Combacau en el colectivo realizado junto a H. Thierry, S. Suy y C. de Vallee, *Droit international public*, 3ª ed., París, 1981)

¹⁴ Cf. J.P. Niboyet, “La noción de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé”, *R. des C.*, t. 52 (1935-II), pp. 264 ss.

¹⁵ Vid. *inter alia*, R. Savatier, *Cours de droit international privé*, 2ª ed., París, L.G.D.J., 1953, pp. 152 ss.; B. Goldman, “Réflexions sur la réciprocité en droit international”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1962-1964), pp. 62 ss.; M. Virally, “Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain”, *R. des C.*, t. 122 (1967-III), pp. 1 ss.; P. Lagarde, “La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux: son appréciation par le juge interne”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 25 ss. Por lo que respecta a la doctrina italiana Vid. G. Biscottini, “Il principio di reciprocità nell'ordinamento italiano”, *Dir. int.*, vol. XXI, 1967, pp. 40 ss. Para otros círculos jurídicos Vid. P. Modinos, “Quelques considérations sur la réciprocité en matière de traités”, *Rev. egypt. dr. inty.*, vol. V, 1949, pp. 70 ss.

¹⁶ Cf. P. Lagarde, “La réciprocité en droit international privé”, *R. des C.*, t. 154 (1977-I), pp. 125 ss.

¹⁷ Cf. M. Virally, “Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain”, *loc. cit.*

bienes extranjeros o, en la materia que nos ocupa, por la expulsión de los nacionales del Estado que ha causado el perjuicio¹⁸

B) Incidencia en el ámbito procesal: la denegación de justicia a los extranjeros

El principio de la competencia exclusiva del Estado, consustancial en el sector del acceso a la justicia de los extranjeros; ello implica que solamente el Estado puede decidir acerca de los límites de su competencia judicial internacional. Esta es la idea que subyace en un pasaje ya clásico del TPJI en el referido asunto del *Lotus*, en el sentido de que: “la jurisdicción es, ciertamente, territorial: no puede ser ejercida fuera del territorio sino en virtud de una norma permisiva derivada del Derecho internacional consuetudinario o de un convenio...”; de este modo “cada Estado es libre para adoptar los principios que juzgue mejores y más convenientes”. Tal libertad es utilizada por el Estado para proyectar sus propios intereses en la reglamentación de un determinado sistema de competencia judicial internacional.

Dichos intereses se manifiestan, en primer lugar, en la propia formulación de las

Pág. 42

normas. Como pusiera de relieve E. Pecourt García, “la idea del conflicto de soberanías -abandonada en la dialéctica doctrinal de los conflictos de leyes- conserva toda su beligerancia en la explicación dogmática de los conflictos de jurisdicciones y conduce a su consecuencia más lógica y rectilínea: la sola admisión de normas unilaterales”¹⁹. De esta suerte, la competencia judicial internacional se encuentra íntimamente ligada a la soberanía del Estado, pues no es sino una manifestación de la jurisdicción, concebida como una de las funciones que integran aquella. La jurisprudencia española ha dado pruebas reiteradas de esta idea²⁰.

Al lado de la técnica de normación, los intereses del Estado encuentran reflejo en determinados criterios extensivos de competencia. Baste acercarse, para comprobar esta afirmación al ámbito de las denominadas competencias “exclusivas” o “exorbitantes” utilizadas en todos los sistemas comparados. Las primeras, poseen dos importantes consecuencias: de una parte, eliminar la posibilidad de concurrencia

¹⁸ Un ejemplo concreto lo constituye la STS (Sala 4ª) de 7 de octubre de 1974. Aquí el Tribunal, tras verificar la violación por parte de Marruecos del Tratado hispano-marroquí de 7 de julio de 1957 y sus consiguientes secuelas para los comerciantes españoles en aquél país, introduce el elemento de reciprocidad, que hace explícito desde la propia normativa española de extranjería. La conclusión fue que un nacional marroquí domiciliado en Melilla se vio privado de la denominada “tarjeta de identidad profesional”. El carácter de retorsión que impregna la solución alcanzada por el T.S. en el caso es, pues, evidente (*Vid.* nota de J.C. Fernández Rozas, *REDI*, vol. XXX, 1977, pp. 139-145).

¹⁹ Cf. E. Pecourt García, “Las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español”, *AIHLADI*, vol. II, 1963, pp. 195-208.

²⁰ Concretamente, la STS de 31 de enero de 1921 afirmó que “la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, atribuida a los Jueces y Tribunales... determina una delegación de jurisdicción de la soberanía nacional, de lo cual no pueden desprenderse, ni les es dable declinar en favor de otra soberanía, sin un previo tratado que lo permita”; y, en la misma línea, por citar un precedente más actual, la STS (Sala 6ª) de 22 de diciembre de 1972, afirmó, refiriéndose a las normas de competencia judicial internacional en vigor en aquellos momentos, que “el principio de soberanía nacional se proyecta con toda amplitud en el ámbito de la jurisdicción al conocimiento de los negocios civiles que se susciten en el territorio español”.

jurisdiccional de otro sistema; de otra, oponerse a la eventual autonomía de la voluntad de las partes. Resulta indudable que los intereses del Estado se proyectan y, por ende, fundamentan, la exclusividad de la jurisdicción en materias tales como los derechos reales inmobiliarios, los litigios derivados de las inscripciones en Registros públicos, etc... Las segundas, son una patente manifestación del papel discrecional del Estado que en ocasiones amplían hasta límites insospechados el ámbito de su competencia en un afán de proteger a sus propios nacionales o a los bienes situados en su territorio. Como regla general, el Estado suele establecer los límites de su propia jurisdicción sobre la base de criterios que tienden a proteger ciertos intereses en relación con sus propios nacionales o, por citar un ejemplo concreto, respecto de los inmuebles situados en su territorio.

El hecho de que subsistan, aunque cada vez más templadas en aras de la cooperación internacional, competencias del tipo de las expresadas muestra con claridad el escaso papel que el Derecho internacional general posee, al margen de la existencia de un tratado, en este ámbito. Y, también, de la imposibilidad de ofrecer una noción de competencia judicial internacional válida para todos los sistemas en presencia. Como pusiera de relieve F. Matscher, el examen de Derecho comparado demuestra que en el DIPr autónomo de cada Estado demuestra que la noción posee un carácter “multicolor” que varía de un sistema a otro tanto en lo que respecta a su contenido material como a su tratamiento procesal²¹.

Ahora bien, afirmada la competencia exclusiva del Estado para establecer el sistema de competencia judicial internacional que estime por conveniente, la jurisprudencia internacional habla de la existencia de ciertos límites impuestos por el Derecho internacional general. Junto a un *obiter dictum* recogido en la sentencia del *Lotus*, que alude a tales limitaciones, es particularmente expresiva la STIJ de 5 de febrero

de 1970 en el asunto de la *Barcelona Traction*, al afirmar que “desde el momento en que un Estado admite en su territorio inversiones extranjeras o nacionales extranjeros, personas físicas o morales, está obligado a concederles la protección de la Ley y asume ciertas obligaciones en cuanto a su trato”. Dichos límites han sido acuñados, como ha visto, de forma bastante tímida, destacando de entre ellos el derivado de la inmunidad de jurisdicción del Estado, de sus órganos y de sus agentes en determinados litigios donde no actúen vestidos de autoridad estatal (*iure imperii*); tal límite figura hoy en numerosos textos internacionales, adquiriendo un desarrollo autónomo que obliga a un estudio separado. No obstante, a su lado, el Ordenamiento internacional por obra también de la jurisprudencia ha intentado con mayor o menor éxito perfilar otros (usurpación de competencia y denegación de justicia)²².

Cierta jurisprudencia arbitral internacional (asuntos *White*, *Salem*, *Cotesworth-*

²¹ F. Matscher, “Etude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales”, *R. des C.*, t. 161 (1978-III), pp. 139-228.

²² En torno a los límites a la soberanía del Estado en la determinación de su competencia judicial internacional *Vid.* J. Carreras, “La jurisdicción de los Tribunales españoles en el caso de la 'Barcelona Traction'”, *REDI*, vol. XXIII, 1970, pp. 374-412; C.N. Fragistas, “La compétence internationale en droit privé”, *R. des C.*, t. 104 (1961-III), pp. 169 ss.; A. Miaja la Muela, “Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international”, *R. des C.*, t. 135 (1972-I), pp. 27-40; C. Parry, “Esistono norme internazionali sui limiti della giurisdizione civile?”, *Annali de la Facoltà di Giurisprudenza. Università di Bari*, 1961, pp. 69 ss.; Ch. de Visscher, “Le déni de justice en droit international”, *R. des C.*, t. 52 (1935-II), pp. 369-442.

Powell, Fabiani...) ha acuñado otro límite impuesto por el Derecho internacional cual es prohibición de la denegación de justicia (*déni de justice*) por los Tribunales del foro a los extranjeros que pretendan hacer valer un derecho ante ellos. Tal denegación daría lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Superada la etapa en que el extranjero poseía una manifiesta inferioridad respecto al nacional al estar excluido de la jurisdicción ordinaria, la práctica posterior registró ciertos supuestos en los cuales determinadas discriminaciones procesales respecto del no nacional fueron considerados como supuestos de denegación de justicia y por ende constitutivos de un ilícito internacional. La protección judicial de los extranjeros constituye una de las manifestaciones del deber general de protección que incumbe a los Estados respecto de

Pág. 43

los extranjeros²³, de ahí que la denegación del acceso a los Tribunales, la exigencia de condiciones procesales abusivas (por ejemplo, el establecimiento de una caución de arraigo en juicio exagerada), el rechazo de las vías de recurso permitidas, la declinatoria de competencia, el retraso injustificado del proceso, etc..., son consideradas manifestaciones de denegación de justicia con las consecuencias antedichas²⁴.

Los precedentes alegados y las opiniones doctrinales existentes no permiten llegar, hoy por hoy, a afirmar la existencia de un límite preciso impuesto por el Derecho internacional general que limite la competencia del Estado en la materia que nos

²³ Ch. de Visscher, *loc. cit.*

²⁴ En este contexto conviene recordar un importante aspecto, origen del asunto de la *Barcelona Traction Co. Ltd.*, que suele quedar relegado por haber sido prácticamente soslayado por el TIJ. En 1948 tres obligacionistas españoles de la sociedad "Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.", de nacionalidad canadiense, solicitaron ante el Juzgado de Reus que se declarase en quiebra a la sociedad deudora, fundado la competencia de dicho juzgado en las normas procesales españolas, fundamentalmente en el art. 51 L.E.C. vigente en aquellos momentos. Dicha pretensión fue estimada declarándose la quiebra. Con posterioridad otro obligacionista promovió ante el mismo Juzgado declinatoria de jurisdicción de los Tribunales españoles toda vez que, en su opinión, los elementos del supuesto conducían a la jurisdicción de Tribunales de otro país, siendo rechazada tal impugnación sobre la base de lo dispuesto en el referido art. 51. Recurrida la decisión y tras ciertos avatares procesales en los que intervino ya la entidad "Barcelona Traction", se llegó a la SAT de Barcelona de 15 de mayo de 1963 que rechazó los argumentos de la sociedad quebrada y reiteró la competencia de los Tribunales españoles añadiendo que ésta se había sometido tácitamente. Al margen de estas actuaciones, los Gobiernos de Canadá, Gran Bretaña y Bélgica manifestaron tener intereses respecto de sus nacionales accionistas de la Barcelona Traction, persistiendo el último de ellos que en el ejercicio de la protección diplomática demandó al Gobierno de España ante el TIJ por entender que a lo largo del proceso se habían cometido diversos actos ilícitos internacionalmente. Uno de los caballos de batalla de este importante litigio fue precisamente determinar si a través de las normas españolas sobre competencia judicial se había producido una denegación de justicia respecto a los accionistas belgas; en concreto el Gobierno belga sostenía la responsabilidad del Gobierno español por consentir que nuestros Tribunales, violando nuestro propio Derecho interno, conocieran de una quiebra internacional sin tener atribuida por tal Derecho la potestad jurisdiccional pertinente. La STIJ de 5 de febrero de 1970 al entender que el Gobierno belga no tenía el derecho a la protección de sus nacionales accionistas, evitó pronunciarse sobre el particular. No obstante, en ciertas opiniones individuales de los Jueces se insiste en la existencia de ciertos límites impuestos por el Derecho internacional aunque en cada caso corresponda al Tribunal estatal definir dichos límites en relación con el asunto juzgado; junto a ello en dichas opiniones se observa que el Derecho internacional impone a todo Estado la obligación de fijar con moderación la extensión de la competencia que atribuyen a sus nacionales en los litigios derivados de una situación privada internacional.

ocupa, sobre la base de una supuesta denegación de justicia hacia el extranjero. A lo más, estamos ante una costumbre internacional *in statu nascendi*²⁵ que tiene a incorporarse a tratados internacionales. Los ejemplos más claros son los de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988, cuyo protagonismo es y será decisivo en la materia que nos ocupa, si bien en contextos jurídicos de marcada integración (CEE y EFTA). Lo mismo ocurre con otra construcción que se ha elaborado paralelamente cual es la responsabilidad internacional del Estado generada por la “usurpación de competencia” de los Tribunales de un Estado en un litigio que no presente un vínculo mínimo con dichos Tribunales²⁶.

2. Acción de las normas internacionales sobre derechos humanos

A) El proceso de humanización del tráfico jurídico externo

Al lado de los principios del Derecho internacional general otra manifestación importante de la internacionalización del Derecho de extranjería se registra a través de la incidencia de la normativa internacional de los derechos humanos. La protección de los derechos del hombre entraña, como es sabido, una consideración de base: la posición del individuo frente al Derecho internacional general o, si se quiere, el individuo como sujeto de Derecho internacional. Dicha consideración ha de enfocarse desde una perspectiva histórica a partir de la cual cabe extraer que la nota dominante de esta protección ha sido la estatal y no la internacional y que la integración de tales derechos en este último ámbito ha sido un proceso lento y laborioso que permaneció prácticamente sin modificación hasta la Carta de las Naciones Unidas de 1945. Es a partir de aquí cuando se produce un proceso de humanización del Derecho internacional en virtud del cual una de las funciones de este Ordenamiento va a consistir en la promoción y reglamentación de la cooperación pacífica de los Estados con el fin de proteger y desarrollar la realización de los derechos humanos²⁷.

Sentado esto, deben tenerse en cuenta dos aspectos desde el punto de vista del Derecho internacional privado. En primer término, que desde la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 y de su desarrollo posterior las normas internacionales de derechos humanos forman parte del Derecho internacional general actuando como un importante límite tanto para el legislador como para el juez interno en la reglamentación de las relaciones privadas internacionales. En segundo lugar, que el desarrollo de esta normativa ha incidido decisivamente en las corrientes doctrinales actuales del Derecho internacional privado propiciando un marcado proceso de humanización de este Ordenamiento, humanización que se reclama como

²⁵ Cf. A. Miaja la Muela, “Les principes directeurs des règles de compétence...”, *loc. cit.*, pp. 27-40.

²⁶ En el referido asunto de la “Barcelona Traction” el Gobierno Belga sostuvo que los Tribunales españoles al considerarse competentes en un asunto relativo a la quiebra de una sociedad de estatuto canadiense con sede social en Toronto, que carecía de sede social y establecimiento comercial, que no contaba en España con ningún bien ni desarrollaba aquí actividad alguna, usurparon un poder de jurisdicción que no les pertenecía de acuerdo al Derecho internacional. El T.I.J. rechazó tal pretensión al no haber probado el Gobierno belga la existencia de una norma prohibitiva del Derecho internacional general aplicable al supuesto.

²⁷ Vid. J.C. Fernández Rozas, “La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el orden jurídico interno”, *Política y derechos humanos*, Valencia, Torres, 1976, pp. 103-125.

una exigencia absolutamente necesaria y sigue un camino paralelo al que se propugna desde el plano del Derecho internacional público²⁸.

Pág. 44

Debe insistirse en la Declaración de 1948 como punto de referencia obligado por aludir ésta a la “comunidad de Derecho” sobre la que debe basarse el Derecho internacional privado. Ello potencia, indudablemente, una marcada nota de universalismo en la reglamentación del tráfico externo, dado que los derechos reconocidos en la normativa internacional de derechos humanos son aplicables a nacionales y a extranjeros, lo que conduce a la consolidación de un verdadero “estatuto internacional de la persona” que se impone en el ámbito de los diferentes sistemas estatales, tanto respecto de las situaciones privadas internas como de las internacionales²⁹.

Por otro lado, como quiera que la protección internacional de los derechos del hombre tiene como objetivo prioritario el desarrollo de las libertades públicas y el control de la justicia represiva, su vinculación con el DIPr es particularmente

²⁸ *Vid.*, con carácter general, P. Lerebours-Pigeonnière, “La déclaration universelle des droits de l’homme et le droit international privé français”, *Le droit privé français au milieu de XXème siècle. Mélanges offerts à G. Ripert*, t. I, París, L.G.D.J., 1950, pp. 255 ss.; A. Miaja de la Muela, “Un aspecto de la protección internacional de los derechos humanos: la lucha contra las relaciones jurídicas ‘claudicantes’”, *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, t. I, Madrid, Reus, 1959, pp. 521-556; F. Rigaux, “Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale (Cours général de droit international privé)”, *R. des C.*, t. 213, (1989-I), pp. 56-61.

²⁹ Como ejemplo concreto puede hablarse de la “vocación hegemónica” de la normativa internacional de los derechos humanos en la configuración del orden público internacional de un determinado sistema de Derecho internacional privado, que tendría como virtud producir una inflexión o un fortalecimiento del mismo (*Cf.* D. Cohen, “La Convention européenne des droits de l’homme et le droit international privé français”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 451-483). Para el primer caso puede tomarse como punto de referencia la eficacia en España de un repudio pronunciado en un país donde rige la ley coránica o en los efectos de un matrimonio poligámico celebrado en tal país. Ambas instituciones, *more islamico*, chocan, en principio, contra el orden público español, con independencia de que pudiera tener cabida el denominado “efecto atenuado” del mismo, y como tales encontrarían la hostilidad de nuestro sistema (la jurisprudencia francesa es prolija a este respecto, siendo ilustrativa la Sent. del Trib. de Casación de 20 de junio de 1978: *Ferroudji c. Medjani*); no obstante, y habida cuenta del carácter elástico del orden público, configurado por nuestra propia jurisprudencia, deberá verificarse si tal actitud no contradice determinadas normas internacionales de derechos humanos; en concreto, los arts. 9.1º (derecho a la libertad de conciencia) y 14 (“El goce de los derechos y libertades... ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950. Si instituciones como las que examinamos se contemplan en determinados sistemas jurídicos, y su razón de ser se basa en ciencias religiosas sólidamente afianzadas, no cabe duda que se insertan en el espíritu del art. 9.1º de la Convención y, como tales, deben ser admitidas en el foro, implicando una inflexión del orden público. No obstante, los supuestos anteriores poseen un carácter excepcional, toda vez que suele existir una total interacción entre los textos internacionales de derechos humanos y las declaraciones de derechos y libertades de las Constituciones democráticas. Sobre la base de lo dispuesto en el art. 10.2º (en orden a la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce) y en el art. 96.1º CE (respecto de la recepción de los convenios internacionales en el orden interno), lo normal es que las normas internacionales en la materia que nos ocupa contribuyan decisivamente a la configuración del orden público internacional del foro, matizando las eventuales lagunas que pudieran existir en este.

relevante. En concreto, determinadas instituciones de este Ordenamiento deben ir necesariamente precedidas de un examen de su contenido primario en los textos internacionales en la materia. Y ello en base a que existen una serie de derechos que no pueden ser denegados a nacionales ni a extranjero; pensemos en los derechos de la personalidad, señaladamente el derecho al nombre, en el derecho a la libertad nupcial, el derecho a la vida privada o familiar, etc... que condicionan el juego tradicional de las normas del Derecho internacional privado. Por ejemplo, el art. 16 de la Declaración Universal de 1948 reconoce que la persona humana posee el derecho a celebrar matrimonio y a establecer una familia, postulados desarrollados con posterioridad en los Pactos y en otros instrumentos. Se obtiene a partir de aquí un conjunto de “normas mínimas uniformes” que no pueden obviar las normativas internas a la hora de establecer un determinado sistema de ordenación del matrimonio³⁰.

B) La normativa internacional de derechos humanos en la delimitación de un sistema de extranjería

Frente a la situación imperante con anterioridad a los años cincuenta del presente siglo donde los vínculos jurídicos de pertenencia a un Estado (nación) prevalecían sobre la solidaridad humana, se ha alzado en la actualidad la consideración del carácter de persona humana del extranjero y, a partir de ésta, el reconocimiento de una serie de derechos inalienables³¹. En esta línea E. Pérez Vera ha podido resaltar como la

³⁰ Un “caso límite” pudiera plantearse respecto a la remisión que una norma de conflicto del foro pueda hacer a un sistema que no reconoce el divorcio como el suscitado en la SAT de Oviedo de 20 de octubre de 1982 (RGD, 1983, pp. 112-113), que resolvió negativamente una demanda de disolución del vínculo matrimonial de dos chilenos, españoles de origen, por no reconocer el Derecho chileno esta institución y ser este de pertinente aplicación en base al art. 107.1º Cc (Vid. M. Fernández Fernández, “Reencuentro con la jurisprudencia republicana en materia de divorcio internacional”, *Bol. Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, núms. 20 y 21, 1984, pp. 107-121). Ciertamente fundamentar la inaplicación del Derecho extranjero en una supuesta violación de un “derecho humano al divorcio” parece excesivo; no obstante, un apoyo jurídico válido podría basarse en que una legislación interna que no reconoce el divorcio conculca tres derechos fundamentales: derecho a fundar una familia, derecho a desarrollar una vida familiar normal y derecho a la libertad y a no ser discriminado. Tal hipótesis fue suscitada por un irlandés ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, pues separado de común acuerdo de su primer matrimonio desde el año 1965 y conviviendo con otra mujer a partir de 1971, de la que tuvo una hija, no podía contraer nuevo matrimonio por impedirlo el art. 41, 3º, 2 de la Constitución irlandesa. Tal situación, estimaba el actor, vulneraba los arts. 8 (respeto a la vida privada y familiar) y 12 (derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 (“J. y otros c. Irlanda”: Asunto nº 9697/82).

³¹ Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros fueron afirmados a partir de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional realizada en su sesión de Nueva York de 1929 (I.D.I., *Tableau général des Résolutions*, Basilea, Ed. juridiques et sociologiques, 1957, pp. 36-37. Sin embargo, como ha resaltado M. Simon-Depitre, dichas libertades han sido objeto tradicionalmente de restricciones impuestas por el Estado, sobre todo en lo que concierne a las libertades económicas (Cf. “Condition des étrangers...”, *loc. cit.*). De esta autora Vid. “L’activité professionnelle des étrangers en France et l’article 11 du Code civil”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1954, pp. 477-486 y, en relación con la normativa francesa posterior, “Les récents réformes législatives et réglementaires relatives à la condition des étrangers”, *Journ. dr. int.*, t. 102, 1975, pp. 455-466. Desde el punto de vista de la doctrina italiana destaca la abundante producción sobre el tema de G. Biscottini, en particular su estudio sobre “I diritti fondamentali dello straniero”, *Dir. int.*, vol. XVII, 1963, pp. 10-29; asimismo, F. Capotorti, “Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell’uomo internazionalmente protetti,

protección de los derechos humanos en el Ordenamiento internacional ha marcado el comienzo de un camino cuya meta “apunta la sustitución de las clásicas normas protectoras de los extranjeros, por las que protegen a todo ser humano”³². Ahora bien, no todos los derechos poseen el mismo contenido en relación con los no nacionales, ya que algunos son atributo propio de la nacionalidad, de ahí que *prima facie*, no puedan extenderse a los extranjeros. Es preciso distinguir entre los derechos que son expresión de la vinculación del individuo con su propio Estado (derechos políticos, derecho a ejercer funciones públicas...), de aquellos que son reconocidos a la persona humana en cuanto tal y que, en consecuencia, deben ser objeto de protección donde quiera que se encuentre el individuo (libertades públicas, goce de servicios públicos...). Asimismo, correlativamente a los mencionados derechos y libertades de los que goza el extranjero en el Estado de acogida, este está sometido a una serie de obligaciones destacando entre ellas la sumisión a las leyes de dicho Estado. Este sometimiento implica, de una parte, la observancia de las leyes de policía, seguridad y orden público, expresión de la soberanía del Estado de acogida y cuya observancia se impone a todos los que se hallen en su territorio (art. 8.1º Cc). De otra parte, supone la obligación del extranjero de participar en determinadas cargas públicas como, por ejemplo, el pago de los impuestos. Por último, el sometimiento a las leyes del Estado de acogida por parte de los extranjeros abarca a las normas de carácter privado, si exceptuamos la eventual remisión de las normas de Derecho internacional privado a un ordenamiento extranjero. Sin perjuicio de que más adelante se abunde en el desarrollo de estas cuestiones, cabe adelantar aquí dos importantes manifestaciones de la normativa internacional de los derechos humanos sobre el Derecho de extranjería.

La primera de ellas de ellos es el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros del territorio de un Estado, que si bien encuentra su punto de partida en la competencia exclusiva del Estado está templado por el art. 13 de la Declaración universal de derechos humanos de 1948 que establece que “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”³³. Este principio recibirá desarrollo por dos preceptos del Pacto internacional

Studi in onore di Giuseppe Sperduti, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 449-471; N. Lipari, “Diritto dei privati e 'diritti dell'uomo'”, *Ann. dir. int.*, 1967-68, pp. 403-406. Desde la perspectiva de los antiguos países socialistas Vid. R. Bystricky, “Droit international privé et droits de l'homme. Principes et règles”, *Liber amicorum A.F. Schnitzer*, Ginebra, Georg, 1979, pp. 57-67.

³² E. Pérez Vera, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 107-108.

³³ Una determinada interpretación de este precepto pudiera hacer pensar que la persona humana tendría el derecho de entrada en cualquier territorio, si bien el Estado de acogida quedaría facultado, en base a razones de seguridad o de orden público, denegar tal derecho. De esta suerte, la regla de base sería la libertad de entrada de los extranjeros y la excepción la prohibición del Estado; no obstante, esta posición se sitúa más en el terreno de las aspiraciones que en el de la práctica de los Estados pues, como ha señalado J.A. Carrillo Salcedo, la soberanía del Estado sigue conservando toda su relevancia (Cf. *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 1976, p. 281). En la misma línea A. Marín López, partiendo de la existencia de la regla enunciada estima que hoy por hoy las excepciones son tantas que es prácticamente imposible ejercitar el derecho en todos los países del mundo (Cf. *Derecho*

de derechos civiles y políticos de 1966; de acuerdo con su art. 12, aps. 1º y 2º

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

No obstante, el ap. 3º del citado artículo establece una serie de circunstancias (seguridad nacional, orden público, salud, moral pública y derechos y libertades de terceros), a través de las cuales el Estado puede restringir en cierta medida los derechos referidos. El segundo precepto al que nos referimos es el art. 13 del mismo Pacto de 1966 que trata de impedir la expulsión de los extranjeros legalmente establecidos en el territorio de un Estado; aquí se observa también la reticencia de los Estados a sustraer esta materia de su competencia exclusiva por cuanto abundan en el precepto las cláusulas de salvaguardia que tienden a conculcar la regla establecida. El alcance de esta norma de derechos humanos en relación con un Ordenamiento interno, en concreto, el español, se ha puesto de manifiesto en la STS (Sala 4ª) de 25 de junio de 1980 que siguiendo la doctrina que estamos exponiendo manifestó que

“... cualquier Estado viene proclamada como ideal común de todos los pueblos por el art. 13.1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 diciembre 1949), normativa de interpretación mandada observar por el art. 10.2º de n”... aunque el derecho a elegir la residencia en el territorio de nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978, es lo cierto que tal idea no ha conseguido hacerse realidad y que el art. 19 del citado texto constitucional reserva este derecho a los nacionales al disponer 'asimismo tienen derecho (los españoles) a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca’³⁴.

Puede concluirse afirmando que pese al proceso de internacionalización que se observa en el Derecho de extranjería como consecuencia de la incidencia de la normativa internacional de derechos humanos, “no puede afirmarse en el momento presente la existencia de un derecho de entrar libremente en cualquier país” por parte de los no nacionales³⁵. Debe añadirse además que el Estado dispone de competencia para

Pág. 46

reglamentar la admisión de dichos individuos en su territorio, aún con carácter transitorio o temporal.

La segunda manifestación afecta al goce de los extranjeros en el país de acogida de toda una serie de derechos y libertades que le son atribuidos con independencia de su

internacional privado español. Parte especial, I, Nacionalidad y extranjería y Derecho procesal civil internacional, 8ª ed., Granada, 1989, pp. 153 ss.). La existencia de antagonismos ideológicos y económicos entre los Estados contribuye en gran parte a esta situación. *Vid.* en particular, J. Rodríguez y Rodríguez, “El derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, en América latina”, *Bol. mexicano D. comp.*, vol. V., 1972, pp. 125-142; asimismo, J.L. Piñar Mañas, “El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional”, *RAP*, nº 93, 1980, pp. 204-207.

³⁴ *RAJ*, 1980, nº 3344.

³⁵ *Cf.* M.P. Andrés Sáenz de Santa María, nota en *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 161-165.

nacionalidad y que derivan precisamente de su carácter de persona humana. Las modernas Constituciones, y la española de 1978 no es una excepción, reflejan nítidamente esta orientación, al no limitar el reconocimiento de los derechos a los nacionales. Sumamente expresivo resulta a este respecto el art. 10.1º CE al referirse a la “dignidad de la persona”, sin fijar restricciones en torno al país de origen de ésta. En cualquier caso, aunque las Constituciones no se refieran expresamente a los extranjeros mantienen en relación con éstos un marcado respeto a la normativa internacional de derechos humanos³⁶. Puede afirmarse que las normas del *standard* mínimo internacional aplicables a los extranjeros constituyen, en buena medida, un reflejo de los principios enunciados en 1948 por la Declaración Universal y, como ha resaltado E. Pérez Vera, dicho principio ha sido incorporado a la filosofía de la Organización de las Naciones Unidas, observándose cómo la generalidad de las obligaciones de los Estados en la materia “se compensa con la posibilidad de su invocación universal”³⁷.

C) Limitación de foros privilegiados para los nacionales

La incidencia de la normativa internacional de derechos humanos en orden al trato de los extranjeros ante los Tribunales del foro se hace explícita por la eventual contrariedad de dicha normativa con el establecimiento por parte de un Estado de determinados foros de competencia. Dicha normativa es manifiesta en ciertas normas de competencia judicial internacional que incluyen foros basados en la nacionalidad del demandante. El problema posee un componente histórico que no puede desdeñarse, toda vez que si las primeras normas de competencia judicial internacional utilizaban este criterio (arts. 14 y 15 Cc francés), se movían en un contexto donde el extranjero poseía una inferior condición en el plano procesal (recordemos que en España hasta bien entrado el siglo XIX existía una jurisdicción especial para extranjeros). Tal diferencia de trato es lógico que encontrase una traducción normativa en aquella etapa, pero no lo es que se mantuviera un momento histórico posterior en la que, al menos formalmente, el extranjero poseía los mismos derechos que el nacional. En concreto, en el sistema español esta contradicción se observa si comparamos el art. 51 LEC con el art. 27 Cc (que establece la equiparación como regla de base entre el extranjero y el nacional), normas ambas y precedentes de las mismas, redactados en idéntico periodo³⁸.

³⁶ G. Biscottini, “I diritti fondamentali dello straniero”, *loc. cit.*, pp. 10-29

³⁷ Cf. E. Pérez Vera, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 107-108. No puede extrañar que A. C. Kiss haya puesto de relieve que “dans l'ensemble, ce son les règles internationales protégeant les droits et libertés fondamentaux de l'homme qui, dans un avenir plus o moins éloigné, prendront le relai des règles du droit international commun fixant la condition des étrangers” (Cf. “La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme”, *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t. I, Bruselas, Bruylant, 1972, p. 501).

³⁸ Sobre el sistema tradicional de competencia judicial internacional, anterior a la LOPJ de 1985 *Vid.* P. Fernández Viagas, “Cuestiones de competencia interjurisdiccional entre tribunales de distinta nacionalidad”, *R.D.Proc.*, 1958, pp. 325-330. W. Goldschmidt, “Problemas de competencia en el Derecho internacional procesal de España”, *Mélanges Streit*, t. I, Atenas, Pyrsos, 1939, pp. 429-443; *id.*, “Problemas de Derecho internacional procesal Hispano-Luso-Americano”, *REDI*, vol. IX, 1956, pp. 191-237; E. Gutierrez de Cabiedes, “La incompetencia de jurisdicción”, *R.D.Proc.*, 1971, pp. 419-502; A. Miaja de la Muela, “El imperialismo jurisdiccional español y el Derecho internacional”, *Mélanges C. Fragistas*, vol. I-B, Tesalónica, 1968, pp. 89-124; *id.*, “Sobre los principios rectores de las

Con todo, lo más censurable es que en el actual estado de las relaciones internacionales sigan conservándose, en determinados sistemas, foros basados en la nacionalidad de las partes que tienden a privilegiar a una de las partes, por más que estén en franca regresión, siendo sustituidos por el principio *actor sequitur* en virtud del cual se atribuye la competencia a los Tribunales del domicilio del demandado. Ahora bien, dentro de los denominados foros de competencia de carácter personal, también se encuentran ejemplos en los que el establecimiento de determinados criterios privilegia a una de las partes sobre la otra. Un ejemplo sería el establecimiento del domicilio del demandante como eje central de un sistema de competencia judicial internacional. La razón es simple, normalmente coinciden en el individuo la nacionalidad y el domicilio del Estado cuya nacionalidad se ostenta, por tanto el criterio propuesto conduce en la práctica a una situación similar a la de los foros basados en la nacionalidad. Asimismo, la facilidad con la que puede adquirirse el domicilio en un Estado puede facilitar su manipulación para forzar la atribución de competencia en un determinado supuesto³⁹.

Pág. 47

Un sistema que utilice como criterios de conexión la nacionalidad del actor o,

reglas de competencia territorial de los Tribunales internos en litigios con elementos extranjeros”, *REDI*, vol. XXI, 1968, pp. 733-762; J.A. Pastor Ridruejo, “Aspectos conflictuales y jurisdiccionales en el Derecho internacional privado español del trabajo”, *Homenaje al profesor Sela y Sampíl*, vol. II, Oviedo, Serv. Publ. Universidad, 1970, pp. 985-990; E. Pecourt García, “La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional”, *REDI*, vol. XVII, 1964, pp. 60-80, 370-405 y 528-560; *id.*, “Una institución singular en la historia del Derecho internacional privado español: el Fuero de Extranjería”, *Homenaje al Profesor Sela y Sampíl*, vol. II, Oviedo, Serv. Publ. Universidad, 1970, pp. 883-904; *id.*, “Las normas de competencia...”, *loc. cit.*; M. de la Plaza, “Excepciones procesales con carácter internacional”, *R.D.P.*, t. XXIX, 1945, pp. 669-679; R. Recondo Porrúa, “La revisión del sistema español de competencia judicial civil internacional”, *A.D.I.*, vol. III, 1976, pp. 253- 265; *id.*, “El sistema del Fuero de Extranjería”, *Estudios de Deusto*, vol. XXVI, 1978, pp. 449-517, vol. XXVII, 1979, pp. 383-420 y vol. XXVIII, 1980, pp. 173-213; *id.*, “El sistema español de competencia judicial internacional”, *R.D.Proc.*, 1980, pp. 509-555; *id.*, “El sistema español de competencia judicial internacional”, *A.D.I.*, vol. II, 1975, pp. 603-630; J.Mª Trias de Bes, “Las reglas de competencia general: ensayo de Derecho procesal internacional español”, *RJC*, 1960, pp. 7-19.

³⁹ Por eso debe considerarse plenamente convincente la corrección de errores que se efectuó a la redacción originaria del art. 22.2º LOPJ pocos meses después de su publicación en el *BOE* sustituyendo la palabra “demandante” por la de “demandado”, independientemente del juicio de validez que merezca una corrección de errores de una Ley Orgánica, de singular trascendencia, que no se aprobó con el régimen de mayorías que exige una Ley Orgánica, sino por los criterios propios de una Ley ordinaria. Se trataba de un mero *lapsus*, tan frecuente en los textos publicados por nuestro diario oficial, que no debió tener trascendencia alguna. Máxime cuando los trabajos preparatorios del precepto desarrollados en el seno de las Cortes Generales hablaron desde un principio de “domicilio del demandado en España”, no registrándose ninguna enmienda en tal sentido; y, por si esto fuera poco, se destruiría la exquisita correspondencia entre el texto del art. 22 LOPJ y el contenido del Convenio de Bruselas de 1968, que se adopta como foro de competencia general precisamente el domicilio del demandado. Pese a todo, el fallo se produjo y, curiosamente, algunos autores saludaron la redacción errónea pues, a la postre, el texto original ampliaría hasta límites insospechados las posibilidades de conocimiento de los Tribunales españoles en los litigios privados internacionales cuando el demandante fuese español domiciliado en España. No obstante, tal valoración favorable a ciertos profesionales del Derecho respecto de un precepto así construido, sería susceptible de contrariar la normativa internacional de derechos humanos.

incluso, el domicilio del actor, al margen de que pueda ser incompatible con el principio de proximidad de nuestro propio sistema autónomo de competencia, indudablemente es susceptible de contrariar la normativa internacional de derechos del hombre por afectar al principio de la igualdad de las partes en el procedimiento. A este respecto debe tenerse en cuenta que el art. 6.1º del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos de 1950 dispone que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista 'equitativa' y públicamente en un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá... sobre sus derechos y obligaciones civiles...”. Pues bien, si el demandante empleando determinados foros de competencia acude a la jurisdicción del Estado de su nacionalidad o domicilio demandando a una persona puede romperse la equidad proclamada por el precepto. La doctrina francesa ha insistido sobre el particular recientemente⁴⁰, proyectando cierta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asuntos *Golder y Airey*), sobre su propio sistema de competencia judicial internacional, para mostrar su contradicción con el referido Convenio de 1950.

III. Límites internos del Derecho de extranjería

1. Constitución y Derecho de extranjería

A) Derechos y libertades públicas

En la hora actual, la referencia obligada para establecer los principios rectores del Derecho de extranjería debe ser la Constitución⁴¹. Concretamente, al lado de los derechos privados y de los derechos económico-profesionales, los extranjeros gozan en el país de acogida de todo un catálogo de derechos y de libertades fundamentales que les son atribuidos con independencia de su nacionalidad y que derivan de la dimensión, ya estudiada, de la protección internacional de los derechos humanos. Por eso las Constituciones, sobre todo las modernas, prestan una especial atención a estas cuestiones. El texto constitucional español tiene, como regla general, la virtud de equiparar a españoles y extranjeros en orden a los derechos y libertades públicas. Este es el sentir, al menos del art. 10.1º que habla de la “dignidad de la persona” sin establecer restricciones respecto al país de origen de la misma. Pero, sentado esto, el art. 13.1º admite la posibilidad de excepción, pues tras afirmar que los “extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título”, hace reserva de lo establecido en “los tratados y en la ley”⁴². La remisión que se contiene

⁴⁰ Cf. D. Cohen, “La Convention européenne des droits de l'homme...”, *loc. cit.*, pp. 454 ss.

⁴¹ Con carácter general *Vid.* E. Pérez Vera, “La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y de extranjería”, *R.D.Publ.*, nº 86, 1982, pp. 5-25.

⁴² El desarrollo legislativo de este precepto se encuentra en el repertorio de J.C. Fernández Rozas (con la colaboración de A. Álvarez Rodríguez), *Legislación básica sobre extranjeros*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1989. Las disposiciones más relevantes son: A) Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (*BOE*, 3-VII-85) (debe tenerse en cuenta que varios preceptos de esta Ley fueron declarados inconstitucionales y, por consiguiente, nulos, por la STC 115/1987, de 7 de julio (*BOE*, 29-VII-87). B) R.Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (*BOE*, 12-VI-86); R. Decreto 1099/1976, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas (*BOE*, 11-VI-86).

La interpretación jurisprudencial del precepto puede resumirse como sigue:

“El art. 13 C.E. no supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la C.E. no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades 'que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley', de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que conforme al art. 10 CE, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles” (STC 107/1984, de 23 noviembre (Sala 2ª), *BOE*, 21-XII-84, supl. nº 305, *BJC*, nº44, 1984, pp. 1400-1405, comentada por M. Fernández Fernández y A. Arce Janáriz, “Valoración constitucional de la autorización de residencia: el tratado y la ley en el art. 13.1 de la Constitución”, *La Ley*, 1985-I, pp. 82 y ss.)

“Es verdad que nuestra C.E. 'es obra de españoles', pero ya no lo es afirmar que el sólo 'para españoles'. El art. 13 C.E. no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el título I C.E. (y que por consiguiente se les reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los arts. 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo art. 13 en su párr. segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española” (STC (Sala 2ª) de 30 setiembre 1985, *La Ley*, **481-TC**)

“El art. 13, 1º C.E. reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la C.E. directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el art. 22, 4º C.E. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta mandatos constitucionales” (STC (Pleno) de 7 julio 1987, *BOE*, 29-VII-87, *La Ley*, nº 1867, 1987, pp. 1-7, comentada por J. Sánchez García, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la inconstitucionalidad de la Ley de extranjería”, *Estado & Derecho*, nº 1, 1987-88, pp. 115-122 y nota de J.J. Olivares d'Angelo, *REDI*, vol. XL, 1988, pp. 169-173).

“El art. 13.1º C.E. garantiza a los extranjeros las libertades públicas 'en los términos que establezcan los Tratados y la Ley' de donde se deduce que una infracción de la Ley se traduce a renglón seguido en una violación de las libertades públicas de los extranjeros, que tienen un derecho constitucional a no soportar limitaciones distintas a las dispuestas en los Tratados y en las Leyes” (STS (Sala 3ª) de 10 noviembre 1986, *RAJ*, 1986, nº 6646 y nota de Mª C. Aprell Lasagabaster, *RAP*, nº 114, 1987, pp. 253-256).

“Si bien el art. 13.1º C.E. dispone respecto de los extranjeros que éstos gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el título I de la misma, es decir, las definidas en sus arts. 10 a 55, en los términos que establezcan los tratados y la ley, no por ello ha de concluirse en la inadecuación del procedimiento establecido en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y utilizado en el caso presente, que como causa de inadmisibilidad opone el abogado del Estado por entender que, ante el silencio legal y la falta de prueba por el demandante de tratado internacional o reciprocidad demostrada conforme a la cual tengan los españoles en su país igual régimen de protección de derechos fundamentales...” (SAT de Oviedo de 20 abril 1983, *R.G.D.*, nº 474, 1984, pp. 539-541)

Entre los numerosos comentarios al art. 13.1º C.E. cabe retener: Con carácter general: J.Mª Espinar

en este precepto

Pág. 48

no supone la “desconstitucionalización” total de los derechos fundamentales de los no nacionales. Tales derechos son constitucionales, pero de “configuración legal”. En efecto, el margen de actuación del legislador puede ser mayor o menor como se verá a continuación. A este respecto la STC 107/1984, de 23 de noviembre⁴³, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la exigencia de autorización de residencia a los extranjeros para trabajar en España, advirtió la inexistencia de un principio constitucional de igualdad que equipare como regla general a los extranjeros y a los españoles. De acuerdo con el TC, el art. 14 CE es aplicable a los españoles únicamente y, consecuentemente, el ámbito de los derechos y de las libertades públicas de los extranjeros, excepción hecha de los inherentes a la dignidad de la persona, ha de ser determinado sobre la base de lo que el tratado y la ley establezcan en relación con los derechos garantizados por el Título I CE. Por ello, no puede admitirse en modo alguno la afirmación de que el art. 13.1º Cc constitucionaliza el principio de equiparación entre el extranjero y el nacional⁴⁴.

Partiendo del enunciado del art. 13.1º y entendiendo por “Ley” incluso los preceptos constitucionales, cabría admitir, por ejemplo, que los extranjeros no gozan en nuestro país de la libertad de residencia y circulación prevista en el art. 19 CE. Ahora bien, este interrogante debe solucionarse, como se ha señalado con anterioridad, a partir de la integración de los textos internacionales de derechos humanos de los que nuestro país es parte. Esta idea, ha sido retenida por la STS (Sala 4ª) de 3 de julio de 1980, que admitió el recurso interpuesto por un extranjero contra

Vicente, *La extranjería en el sistema español de Derecho internacional privado*, Granada, T.A.T., 1987; J.A. Miquel Calatayud, *Estudios sobre extranjería*, Barcelona, Bosch, 1987. En particular, sobre el art. 13, 1º C.E.: A.L. Calvo Caravaca y F. Castillo Rigabert, “El extranjero ante el recurso constitucional de amparo”, *La Ley*, nº 397, 1982, pp. 1-4; M. J. Pérez Rodríguez, “El extranjero en la Constitución española de 1978”, *Anales de la Universidad de La Laguna*, X, 1982-83, pp. 117-139; E. Pérez Vera, “La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería”, *R.D.Pub.*, nº 86, 1982, pp. 5-25; E. Pérez Vera y A. Rodríguez Carrión, “Españoles y extranjeros”, *Comentarios a las Leyes políticas. Constitución española de 1978* (dirigidos por O. Alzaga Villaamil), t. II, Madrid, Edersa, 1984, pp. 159-170; E. Pérez Vera, “Artículo 13, 1º y 2º”, *ibid.*, pp. 225-261. Sobre la normativa de desarrollo: R. Arroyo Montero, “La nueva normativa de extranjería en España”, *R.G.D.*, núms. 514-515, 1987, pp. 4.229-4.258; J. Cardona Torres, “Incidencia de la Ley Orgánica de extranjería en el régimen jurídico laboral de los inmigrantes en España”, *La Ley*, nº 1.339, 1985, pp. 1-3; P.A. Ferrer Sanchís, “El desarrollo constitucional en materia de Derecho de la nacionalidad y de la extranjería”, *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés: Historia, Política y Derecho*, Valencia, Secr. Pub. Univ. Valencia, 1984, pp. 425 y ss.; M. Moya Escudero, “La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos fundamentales”, *La Ley*, nº 1.370, 1986, pp. 1-8; E. Sagarra Trias, “La actual regulación del Derecho de extranjería en España”, *RJC*, 1987, pp. 103-147.

⁴³ Como ha precisado el TC, “la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley, sino de las libertades 'que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley', de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales... pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal” (STC (Sala 2ª) 107/1984, de 23 de noviembre, *BOE*, 21-XII-1984. Vid. M. Fernández Fernández y A. Arce Janáriz, “Valoración constitucional...”, *loc. cit.* y nota en *REDI*, vol. XXXVII, 1985, pp. 185-190).

⁴⁴ Cf. M.J. Pérez Rodríguez, “El extranjero en la Constitución española de 1978”, *loc. cit.*, pp. 117-118.

una resolución gubernativa en que se basaba su expulsión, recogiendo unas interesantes consideraciones efectuadas por el órgano jurisdiccional inferior, la Audiencia Nacional:

“... atendiendo los supremos presupuestos de la vigente Constitución española, respetuosa con los derechos de la persona sin discriminación de nacionalidades, y en particular el art. 13 del Pacto Internacional de 19 de diciembre de 1966, ratificado por el Estado español el 13 de abril de 1977, que determina que el extranjero sólo podrá ser expulsado del territorio español en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley... habiéndose de estimar el actual recurso...”⁴⁵

Sea como fuere, junto a la excepción del art. 13.1º el propio texto constitucional establece en la Sección 1ª del Capítulo II de su Título primero otra eventual discriminación al hablar en algunos preceptos de la persona en sí misma considerada y en otros de “ciudadanos”. A partir de ambos correctivos puede afirmarse que en orden a la titularidad de derechos y libertades reconocidos constitucionalmente existen, en primer término, algunos reservados exclusivamente a los españoles, por ejemplo el art. 30.1º CE establece que sólo “los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”. En segundo término, existen una serie de derechos dirigidos directamente a la persona, por lo que no cabe duda que su titularidad se extiende a los extranjeros; éstos tienen, en efecto, reconocidos constitucionalmente, derecho a la vida, a la integridad

Pág. 49

física y moral (art. 15), libertad ideológica y religiosa (art. 16), derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17), derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18), libertad de expresión (art. 20), derecho de reunión (art. 21), derecho de asociación (art. 22), derecho a la protección judicial de sus derechos (art. 24), derecho a ser indemnizados por la Administración (art. 106.2º), etc... Por último, nos encontramos con una serie de preceptos reservados expresamente a los “ciudadanos” o a los “españoles” que, como ha resaltado A. Guaita, deben ser interpretados “con cuidadosa prudencia... pues de otra forma se llegaría a una clara violación de la letra y del espíritu de los convenios (de derechos humanos) y de la propia Constitución”⁴⁶. Tal es el caso del derecho de libertad de residencia y de circulación recogido en el art. 19 y lo mismo puede decirse, por ejemplo, del derecho de petición (art. 29.1º)⁴⁷.

⁴⁵ *RAJ*, 1980, nº 3404.

⁴⁶ *Cf.* A. Guaita, “Régimen de los derechos constitucionales”, *R.D.Pol.*, nº 13, 1982, pp. 75 ss.

⁴⁷ El art. 53.2º CE dispone que cualquier “ciudadano” podrá “recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14, Sección 1ª del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Asimismo, en relación con este último órgano el art. 41.2º LOTC vuelva a reiterar que el recurso de amparo constitucional protege a todos los “ciudadanos”. Es decir, que según el tenor literal de estos preceptos, la protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas queda, en principio, reservada a los nacionales. No obstante tal planteamiento no resulta de recibo. Como han puesto de relieve A.L. Calvo Caravaca y F. Castillo Rigabert (“El extranjero ante el recurso constitucional de amparo”, *La Ley*, nº 397, 1982, pp. 1-4) tal interpretación no cuenta con ningún apoyo en los debates parlamentarios que precedieron a la redacción de la CE. Además no es acorde con la normativa internacional de derechos humanos; en concreto, se opone al principio de igualdad de trato recogido en el art. 2.1º de la Declaración Universal, al art. 2.1º del Pacto de derechos civiles y políticos y al art. 14 del Convenio europeo de 1950 y, por si

B) Regla de base del sistema en orden al trato de extranjeros

La Constitución de 1978 se abstuvo de fijar una regla de base que reglamentase el régimen general de los extranjeros en España. Esta materia queda reservada, al igual que la nacionalidad (art. 11.1º CE), a lo que disponga la ley⁴⁸. Este silencio obliga a remitirse en cuanto al goce de los derechos privados de los extranjeros preferentemente al art. 27 Cc y, con carácter complementario, al art. 15 Ccom. En relación con la primera de estas normas, la generalidad de la doctrina española incluye nuestro sistema de extranjería entre los más generosos con los extranjeros que han existido en la historia y en el Derecho comparado. Ahora bien, su alcance queda reducido al campo de los “derechos civiles” donde se equipara al español y al extranjero en cuanto a la actitud para ser titular de derechos. Se excluyen pues de su radio de acción los derechos políticos, administrativos y laborales, que quedan a lo dispuesto en la Constitución, los tratados, y en las leyes especiales⁴⁹.

Ahora bien, tras haber fijado el alcance de la regla contenida en el art. 27 Cc se imponen unas reflexiones. Tradicionalmente la doctrina ha criticado la eventual

esto fuera poco, contradice el reconocimiento al derecho de un recurso efectivo (arts. 8, 3.a y 13, respectivamente, de los textos anteriormente referidos. Por último, y siguiendo con el planteamiento de estos autores, tal lectura ha sido puesta en tela de juicio por el propio TC español quien, ciertamente por vía indirecta (STC de 23 de julio de 1981 y ATC de 20 de noviembre de 1980), ha estimado la legitimación para incoar el proceso de amparo frente a actos u omisiones de un órgano judicial a toda “persona” natural o jurídica que, habiendo sido parte en el proceso judicial correspondiente, invoque un interés legítimo. Vid. con carácter general, P. Pérez Tremps, “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, pp. 675 ss.; L. Prieto Sanchis, “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el art. 53 de la Constitución española”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, pp. 367 ss.

⁴⁸ No puede decirse que el texto constitucional rompa con una tradición existente en nuestro país, pero debe recordarse que el tema ha figurado, con carácter más o menos directo, en Constituciones anteriores. Así, la de 1845 contenía una norma genérica sobre la condición de los extranjeros (desarrollada por el R.Decreto de extranjería de 1852), si bien será la de 1869 la que regule por vez primera la cuestión al disponer su art. 25 que “Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquier profesión para cuyo empeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas”. Dicho enunciado pasará a integrarse en el art. 2º de la Constitución de 1876, salvada hecha de la palabra “libremente”, sin duda poco grata a los restauradores, y será el que inspire el art. 27 Cc en su enunciado de 1889, a cuyo tenor, “Los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el art. 2º de la Constitución del Estado o en tratados internacionales”. Sobre los antecedentes del art. 27 Cc Vid. J.L. Iriarte Angel, *Los derechos civiles de los extranjeros en España: el art. 27 del Código civil*, Madrid, La Ley, 1988.

⁴⁹ El generoso enunciado atribuido por la doctrina al art. 27 Cc ha sido reiterado expresamente por la jurisprudencia del T.S. y por la doctrina de la DGRN. Respecto a la primera destacan las siguientes decisiones: STS de 1 de febrero de 1912 (*RGLJ, JC*, vol. 123, nº 43) donde, a propósito de la extensión de “beneficio de pobreza” a los extranjeros, se habla del “espíritu expansivo en que se informa el art. 27 Cc”; cabe hacer mención, asimismo, a la STS de 27 de noviembre de 1950 (*CLJC*, vol. 17, nº 384), que afirmó que: “de los dos criterios que cabe seguir para la determinación de los derechos de los extranjeros, o sea el de igualdad con los nacionales o el de reciprocidad acogido en el Código de Napoleón, la legislación española ha adoptado como principio general en cuanto a los derechos civiles o privados, el más progresivo y generoso de la igualdad proclamado en los arts. 27 Cc y 15 C.com.”. No obstante, resulta mucho más correcto el planteamiento realizado por la STS de 29 de octubre de 1951 (*CLJC*, vol. 21, nº 301) al reconocer que, en ocasiones, el principio de igualdad entre españoles y extranjeros no obstante su carácter de regla de base puede excepcionalmente dejar paso al principio de reciprocidad.

inclusión de un régimen de reciprocidad (como propugnada el Anteproyecto de la vigente Constitución); dicha crítica es, a nuestro juicio, desmesurada. El principio de igualdad de trato se instauró en un periodo histórico muy caracterizado, obedeciendo a circunstancias socio-económicas muy concretas que no son, por descontado, las actuales. La prueba es que dicha regla, en virtud de la reserva a la ley y a los tratados que contiene ha ido resquebrajándose de forma paulatina. Ello puede comprobarse en el ámbito del Derecho procesal civil (arts. 300 y 951-953 LEC), del mercantil (R.Decreto 1.884/1976, de 26 de julio) o del laboral, donde la presencia del principio de reciprocidad es evidente. Es significativa, a este respecto, la Res. DGRN de 22 de diciembre de 1976 al establecer que “el principio de equiparación no se extiende... a derechos regulados por las leyes que no sean civiles (políticas, administrativas, etc.)”. Mas, incluso en el plano del Derecho civil, reducto clásico de la regla de la

Pág. 50

equiparación, esta va dejando paso a la reciprocidad; baste atender al régimen de los arrendamientos urbanos.

2. Principios constitucionales en el orden procesal

Hasta tiempos recientes la “plenitud jurisdiccional” que caracterizó al sistema español de competencia judicial internacional; la consecuencia directa de ello fue el trato desigual para el extranjero en el proceso, no solo era incompatible con la normativa internacional de derechos humanos, sino con los valores que la CE de 1978 ha introducido. En este orden de ideas debe tenerse presente desde ahora que la LOPJ y, en el caso que nos ocupa, sus arts. 21 a 25, es legislación de desarrollo constitucional; ello acentúa si cabe “el engarce directo de sus soluciones en principios y objetivos constitucionales”⁵⁰, engarce que se hace explícito en el art. 5.1º de este cuerpo legal al disponer que “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Los valores aludidos se incorporan en unos principios de base, sobre los que se ha pronunciado de algún modo la STC núm. 43/1986, de 15 de abril, que han sido sistematizados con evidente acierto por M. Amores Conradi⁵¹ y que poseen una extraordinaria relevancia en la aplicación e interpretación de las normas en la materia. Siguiendo el esquema propuesto por el autor citado⁵², el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2º CE) se traduce en la necesidad de una reglamentación *ad hoc* de las normas que examinamos, reglamentación que se contiene en los arts. 21 y 22 LOPJ; estos preceptos han venido a superar, en aras de la seguridad jurídica, la imprecisa situación anterior basada en una jurisprudencia sumamente contradictoria. La “base

⁵⁰ Cf. M. Virgós Soriano, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 62 ss.

⁵¹ Vid. M.A. Amores Conradi, nota en *REDI*, vol. XXXIX, 1987, pp. 193-194.

⁵² Vid. M.A. Amores Conradi, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: el art. 22 LOPJ”, *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 114-126.

legal” con la que se configura el DIPr español se extiende así, por obra de la Constitución, al sistema de competencia judicial internacional. El derecho al juez predeterminado por la Ley exige además la positivación particularizada de los foros de competencia, labor que ha cumplido la regulación de la LOPJ, si bien no de forma global, al faltar algún criterio de competencia, por ejemplo el relativo a la quiebra.

Por otra parte, el derecho a una tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales se concreta, en nuestro ámbito, en un derecho de acceso a la justicia por parte de los extranjeros y en la necesidad de que se atribuya a los Tribunales españoles un volumen de competencia lo suficientemente amplio como para que el desconocimiento no conlleve denegación de justicia. Sin embargo, el límite impuesto por el derecho a no quedar en indefensión conduce a un principio contradictorio con el anterior, a saber, que no quepa exigir una diligencia irrazonable o una carga excesiva para hacer efectivo el derecho a la defensa, desde una dimensión procesal. En base a otras consideraciones, M. Amores Conradi señala la evicción en nuestro sistema, amparado en un principio de adecuación a las exigencias del tráfico internacional, o, siguiendo la terminología propuesta por P. Lagarde⁵³, la necesidad de un principio de proximidad que garantice el conocimiento de nuestros Tribunales en casos en que existan vinculaciones significativas del supuesto con el foro. Se trata de un principio recogido por nuestra jurisprudencia y que se ampara en la propia inspiración de las normas de competencia judicial internacional contenidas en la LOPJ

⁵³ Vid. P. Lagarde, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *R. des C.*, t. 196, 1986, pp. 9-238. Dentro de la literatura reciente sobre esta materia destaca la obra de M. Tamburini, *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*, Pádua, Cedam, 1984.