

El extranjero a la luz del Derecho Internacional Público (*)

SUMARIO: 1) Introducción. 2) Concepto de la nacionalidad. 3) Conclusiones de acotamiento expositivo. 4) Fuentes del Derecho Internacional Público. 5) Cuestión de la subjetividad internacional del individuo. 6) El Derecho internacional de extranjería y los derechos ordinarios del individuo. 7) Fuentes: A) Costumbre. B) Principios generales. C) Tratados. 8) Protección diplomática. 9) Protección del extranjero en España procedente de áreas territoriales cubiertas por los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas. 10) Derecho de extranjería y los Derechos humanos. 11) Protección de los Derechos humanos en el área europea: A) Enumeración de derechos esenciales contenida en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950. B) Aspecto jurisdiccional del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950. C) España y el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950. 12) Convenios relativos al estatuto de refugiados y apátridas: A) Concepto de refugiado y apátrida. B) Repercusiones de las condiciones de apátrida y refugiado en cuanto al tema prioritario de este trabajo. 13) El extranjero y la Ley Orgánica 5/1984, de 26 de marzo.

1. INTRODUCCION

El entorno jurídico del individuo, al que la ineluctable fenomenología sociológica proyecta al exterior, a través del dato convivencial, comprende un haz de facultades, obligaciones y compulsiones, situaciones de riesgos y expectativas, así como un elenco, más o menos abundante y perfilado, de posibles responsabilidades de distinta entidad y categorización, conjunto armónico juridificante de la condición del hombre que tiene

(*) Este trabajo recoge básicamente el texto de la conferencia que el autor del mismo pronunció el 14 de marzo pasado en el CEU de Madrid y que fue organizada por el titular de su Departamento de Derecho Internacional Público, obviándose intencionadamente cualquier referencia a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España por formar parte tal cuerpo legal del Derecho interno de extranjería, tema cuidadosamente eludido por el autor del trabajo que se inserta para no distorsionar la incardinación del mismo en el ámbito normativo cubierto en exclusiva competencial por el Derecho Internacional Público.

un doble anclaje justificador: el sustancial, imbricado en la intrínseca calidad de «humano» que toda persona física posee por el hecho de existir, y el accidental, derivado de la condición de nacional de un determinado país, condición que normalmente acompaña a todo individuo desde el momento de su nacimiento hasta su muerte. El conjunto juridificado que depende de la referida calidad de hombre de su titular, se atribuye al mismo en términos de estricta igualdad con el universal resto de seres humanos del orbe, no pudiendo mediatizarse su conferimiento por la concurrencia o no en su titular de pautas diferenciadoras personales —como las relativas a la nacionalidad o extranjería del mismo—, que serían, en sí mismas, netamente discriminatorias y antinaturales. Por el contrario, los derechos que se confieren al individuo en su calidad de nacional de un singular país permiten una atribución desigual asentada en la consideración de que los mismos no son tan esenciales para el normal desarrollo de una vida basada en la dignidad humana.

De todos modos, el significado axiológico de la bipolaridad «nacional-extranjero» no puede minimizarse, por cuanto que la concreta tenencia de uno de sus componentes —el de nacional— peculiariza y conforma el *status* jurídico singular y ordinario del ser humano, no en cuanto tal, pero sí en cuanto «nacional», dinamizando al máximo el goce por su parte del entramado de derechos, constitucionales o no, que le son conferidos en plenitud por la legislación del país cuya nacionalidad ostenta, y de la que carece, por el hecho de no hallarse integrado en la comunidad ciudadana de dicho país, el extranjero, el cual por ser ajeno a la misma no puede demandar, en puridad, frente a aquélla, más derechos que los que se hallen enraizados en su condición de hombre.

Abundando en las ideas que acabamos de explayar, tengo que poner de relieve que el individuo, en cuanto ser racional, se encuentra proyectado, desde el mismo momento de su nacimiento, al cumplimiento de un personalísimo proyecto existencial, en cuyo diseño interviene en mayor o menor medida, disponiendo al efecto de un bagaje de potencialidades ontológicamente propendentes a la realización satisfactoria de tal proyecto, en el que quedan implicadas su trascendencia teleológica y su libre albedrío. Tales potencialidades, cohesionadas en virtud de un destino instrumental común —la realización satisfactoria del proyecto vital antes aludido—, son los derechos subjetivos, públicos y privados, que, en base de lo ya esbozado en las líneas precedentes, podemos clasificar de modo asaz esquemático en humanos o absolutos y ordinarios o relativos, siendo los primeros los que de modo inexorable detenta todo hombre por el mero —pero trascendental— hecho de serlo, condición que le otorga la calidad de miembro de pleno derecho de la comunidad humana, en virtud de la

cual, la atribución de tales facultades al mismo se efectúa, por imperativos naturales, en condiciones de estricta y exigente igualdad con el resto de miembros pertenecientes a tal comunidad. Los segundos, por el contrario, se confieren al individuo en su condición de integrante de una específica comunidad nacional, y en tal fenómeno atributivo es lógico que se establezcan disfunciones entre nacionales y extranjeros por los razonamientos alegados.

De todos modos, no quiero pasar al punto siguiente sin poner de relieve que la distinción entre derechos humanos y los ordinarios, que presenta cierta borrosidad de lindes en su concreta singularización, no puede ser objeto de un parangón teleológico simétrico, toda vez que la entidad objetiva de los primeros hace empequeñecer cualquier posibilidad de comparación axiológica. Buena prueba de ello es el dato de que todo individuo, por la circunstancia de hallarse inserto en la comunidad humana, a la que nos referimos anteriormente, evento que acaece sin que en su fenomenología intervenga mínimamente la voluntad del mismo, es titular de toda la gama de derechos humanos que inesquivablemente deben acompañarle en todo su periplo vital. Por el contrario, es una realidad, aunque patológica, el que un hombre puede carecer de nacionalidad concreta, con lo que se hallará desprovisto del *status* jurídico que antes calificamos de ordinario y cuyo conferimiento es absolutamente consecuencial de su pertenencia a una determinada comunidad nacional. Tal es la cuestión de la apatridia, que examinaremos con posterioridad.

Expuestas estas consideraciones preliminares introductorias, paso, sin más demora, a ocuparme de la definición del término «extranjero», sobre el que, en definitiva, va a pivotar toda la inquisición analítica subsiguiente.

A este respecto tengo que apuntar que es unánime, a nivel de investigación doctrinal y de respuesta normativa, precisar el concepto de «extranjero» negativamente, puntualizando que éste es el «no nacional». Tal sistema dilucidativo presenta ubérrimas dosis de sindéresis tautológica, ya que se define algo negativamente por referencia a algo que no se define positivamente, con lo que en realidad no se alcanza a definir nada. A fin de evitar el absurdo que esto comporta, y aprovechar completamente el desplazamiento conceptual que tal fórmula provoca, tengo que abocetar lo que podríamos calificar de «teoría general sobre la nacionalidad», que nos permita llenar de contenido la conceptualización negativa del vocablo «extranjero», a base de precisar positivamente qué es lo que se entiende por nacional y, en suma, de lo que ello supone, que es, en definitiva, la tenencia de una determinada nacionalidad.

2. CONCEPTO DE NACIONALIDAD

Esta es el vínculo jurídico-político que liga a un sujeto de Derecho con un concreto Estado (el tema de la nacionalidad de las cosas y de las personas jurídicas va a permanecer al margen de estas observaciones), y cuya eficacia operativa y consecuente practicidad más acusada radica en provocar la inserción del individuo en esa específica comunidad nacional a la que nos hemos referido con anterioridad, elemento integrante, junto con el territorio de asentamiento, de la noción de Estado, suponiendo tal fenómeno de inserción comunitaria un acontecimiento de considerable entidad y peso específico, magnificante, como ya quedó dicho, de la posición jurídica de la persona, que une a su natural titularidad de los derechos humanos, la que recaiga sobre aquellos que le sean otorgados por la normativa interna del Estado cuya ciudadanía adquiera, a través de su integración en la referida comunidad nacional, asumiendo con ello una capacidad jurídica y de obrar plena, en todas las vertientes iusprivatistas e iuspublicistas de etiología jurídica interna, que viene a yuxtaponerse a la que ostenta en su calidad de hombre con independencia de cualquier nacionalidad que le ligue a la órbita intimista de un determinado Estado, es decir, a su círculo interior.

Pues bien, en la referida comunidad nacional se ingresa en virtud de singulares criterios legales imputativos, entroncados en los llamados *ius soli* o *ius sanguinis*, que basan su virtualidad operativa en ciertos hechos —jurídicos o no— connotados de absoluta accidentalidad, al hacer referencia a determinados fenómenos relacionados con el dato fáctico del nacimiento en un concreto lugar —*ius soli*— o con la existencia de una específica relación generacional que tenga como destinatario al sujeto concernido; criterios conferitivos que, por lo que atañe a nuestro sistema jurídico, aparecen genéricamente mencionados —sin detalle en cuanto su predictibilidad— en el artículo 11 de la Constitución, que establece, al respecto, en su primer apartado, que:

«1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido en la Ley.»

El desarrollo de tal enunciación constitucional se contiene básicamente en el Código Civil y en la Ley y Reglamento del Registro Civil, normativa de la que no me voy a ocupar, y que establece las correspondientes reglas ordenadoras de los fenómenos descritos en el texto constitucional antes transcrito, disciplinando jurídicamente los mismos con notable minuciosidad prescriptiva, modulada, además, interpretativamente, por un

importante conjunto de resoluciones dimanantes de la Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano administrativo situado en el vértice jerárquico del sistema registral erigido en torno a la problemática que nos ocupa. Enfocante del tema en el ámbito del llamado «estado civil».

De todo lo que llevamos expuesto hasta ahora se desprende claramente que la epistemología esencial del término «extranjero», por lo tocante a su versión y dimensión jurídicas, presupone una metodología dilucidativa de pertinencia negativa, excluyente y relacional, con el concepto antónimo, o sea, el de nacional, y cuya perfecta comprensión nos exige estas consideraciones generales sobre la extranjería, que debemos enriquecer con la exposición de ciertas premisas relacionadas con la misma, indeclinablemente pródigas en fenomenología consecucional. Tales premisas son dos: a) Todo individuo debe ostentar una nacionalidad. b) Nadie puede poseer, simultáneamente, más de una nacionalidad.

Tales afirmaciones, que pretendieron sacralizar en el pasado ciertos entornos políticos y doctrinales allegados al DIP, han sufrido el embate arrasador de los hechos, cuya tozuda dialéctica ha propiciado situaciones radicalmente antagónicas a las consideradas arquetípicas en función de los paradigmas preposicionales que acabamos de verter. Así, frente a la exigencia de la tenencia de una sola nacionalidad, las situaciones de pluriciudadanía simultánea no son infrecuentes, promoviendo tal fenómeno bien elementos distorsionantes de tipología patológica, disfunciones de las legislaciones internas propiciadoras de los criterios imputativos de la ciudadanía, o bien derivando tal plurinacionalidad de pautas preconcebidas, de origen legal o convencional, fundadas en razones, sobre todo, predominantemente políticas.

Es destacable la circunstancia de que nuestro país no es reacio, ni mucho menos, a la admisión de la nacionalidad plural, que acabamos de describir, posibilitándose tal situación en nuestro ordenamiento bien por vía convencional —tratados concluidos al efecto, bastante numerosos, por cierto— o bien directamente por preordenada previsión legal —supuestos de plurinacionalidad automática—. Tal tendencia premisiva en la materia ha tenido incluso reflejo normativo a nivel de preceptiva constitucional, y así, el artículo 11, 3, de nuestro texto básico propugna enfáticamente que:

«El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.»

A nivel de directrices regulativas resultantes de la legislación ordinaria española interna, es de notar que las posibles peripecias de plurinacionalidad simultánea han sido especialmente abordadas en el ámbito del Derecho conflictual, y así, el artículo 9, 9, del Código Civil dispone que:

«A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las Leyes españolas, se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida.

Prevalecerá, en todo caso, la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras Leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuere la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente.»

Tal apartado, al que se remite el que acabamos de transcribir, estatuye, por su parte, que:

«10. Se considerará como Ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la Ley del lugar de su residencia habitual.»

De todos modos, conviene enfocar matizadamente la fenomenología de la nacionalidad plural simultánea, por cuanto que la misma no genera una dinámica posibilitante de ser «efectivamente» nacional de dos o más Estados al propio tiempo, sino que lo que se produce es una situación en la que un individuo ostenta en un momento determinado una concreta nacionalidad, siendo al propio tiempo titular de la expectativa de readquirir otra mediante un procedimiento abreviado, cuyo *itinere* rituario no procede contemplar aquí.

Por lo atañente a la otra enunciación a la que aludimos y que consistía en que todo ser humano debe detentar una concreta nacionalidad a lo largo de todo su periplo vital, nos vemos constreñidos a puntualizar que con cierta frecuencia su potencialidad operativa queda en entredicho, germinando por doquier, por causas técnicas y políticas que no viene al caso explayar, situaciones de apatridia.

Tales situaciones, que no pueden afectar a la titularidad ineluctable que todo individuo ostenta sobre sus derechos esenciales, comportan evidentes dificultades para el individuo que las sufre, cuyo *status* jurídico adolece de fisuras y quiebras atributivo-normativas, por cuanto que el apátrida es extranjero *erga omnes*, ya que ningún país le reconoce como su nacional, acreditando por ello una calidad permanente de tercero en

relación con todas las nacionalidades del mundo, a diferencia del extranjero, que podríamos calificar con todas las licencias necesarias de «normal», que lo es respecto de todas menos una, la suya. En suma, el apátrida es el extranjero quintaesenciado y por ello más acuciantemente necesitado de protección, por cuanto que carece por completo de cualquier tipo de asistencia tuitiva que pueda serle dispensado por la vía de la protección diplomática, cauce tutelar previsto sólo para los nacionales del Estado reclamante.

Nuestra normativa, así la constitucional como la ordinaria, atiende, en la medida de lo posible, a atemperar lo penoso de tal situación, sentando al efecto, en el artículo 13, 4, del texto básico, que:

«4. La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.»

A nivel de preceptiva ordinaria, la situación de apatridia se halla prevista en diversos lugares legislativos, ocupándose de ella, entre otros, el artículo 96, 3, de la Ley del Registro Civil, así como el artículo 337 de su Reglamento. En el ámbito del Derecho Internacional Privado, ya hemos tenido ocasión de exponer el párrafo 10 del artículo 9 del Código Civil, que considera como Ley personal del apátrida la Ley del lugar de su residencia habitual.

A lo largo de este trabajo, en su última parte, volveremos sobre este tema desde su vertiente tuitiva internacional, haciendo referencia, del propio modo, a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, norma que promulgada en cumplimiento del imperativo constitucional prescrito por el apartado 4 del artículo 13 del texto básico, ya visto, guarda un evidente enlace con el tema que nos ocupa.

Concluyo este apresurado intento de delimitación temática poniendo de relieve que si bien las legislaciones internas que se ocupan de las cuestiones enunciadas son de contenido predominantemente imperativo, caso, por ejemplo, del artículo 17 del Código Civil español, adscribiéndose de forma inequívoca al área del Derecho cogente, la dosis de permisividad ha experimentado en esta materia un auge considerable, abriendo brecha en los inicialmente inexpugnables y obsoletos criterios imputativos, de radical e inexorable forzosidad, siendo de destacar el esfuerzo denodado que sobre el particular ha desarrollado la más eminente doctrina internacionalista y que ha resultado, a la postre, fructífera.

En virtud de esta moderna tendencia, orientada hacia la atenuación de los impenetrables criterios de absoluta cogencia inicialmente vigentes, nuestra legislación contiene importantes manifestaciones de un pondera-

do sentido liberal, que subyace claramente en la regulación que la misma efectúa de los fenómenos adquisitivos de la nacionalidad española, así como los que atienden a su pérdida, conservación y recuperación, siendo de destacar, a este respecto, el amplio reconocimiento que tal legislación realiza de la posibilidad de desnacionalización, que aparece netamente legitimada por el contenido del artículo 23 del Código Civil.

3. CONCLUSIONES DE ACOTAMIENTO EXPOSITIVO

Como adecuado colofón de lo hasta aquí expuesto tengo que sentar que:

1.º Sólo realizaré una breve exposición de lo más relevante de la situación jurídica del extranjero que se encuentra situado en el territorio español, siempre partiendo de la base de que su localización en el mismo y consecuente toma de posesión del entorno territorial hispano constituye el presupuesto indispensable de vinculación jurídico-territorial, con la consiguiente entrada en juego del artículo 8 del Código Civil, según el cual «las Leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español», que viene a juridificar y a llenar de sentido el tratamiento que voy a realizar de la dicotomía nacional-extranjero, que en el caso que nos ocupa se convierte en la alternativa más cualificada a efectos exegéticos de español-extranjero, justificadora de todas las ideas que estoy incorporando a este trabajo.

Al socaire de lo que acabo de exponer tengo que anunciar la total marginación de estas líneas de toda la acuciante problemática que podríamos calificar de «extranjería conflictual» o de «relación jurídica en conflicto legislativo o jurisdiccional», que es tomada en consideración como supuesto de hecho por la parte del Derecho Internacional Privado que se ocupa específicamente de esta materia, y cuyo núcleo normativo medular se contiene en los artículos 9 y siguientes del Código Civil y en distintos preceptos de las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, en los que se atiende a la «localización» de la relación o conflicto cuestionado y no del extranjero interviniente en el mismo, ocupándose de tal función ciertas pautas remisivas contenidas en nuestro sistema jurídico, que determinarán cuál es el ordenamiento, el nacional o el foráneo, o, en su caso, qué órgano jurisdiccional deberá disciplinar (o, en su caso, enjuiciar) la misma total o parcialmente.

Tampoco me voy a ocupar ahora de la prolífica y abstrusa normativa, siempre de permanente actualidad y evolución, destinada a la regulación de la denominada genéricamente «inversión extranjera», noción que con-

lleva una evidente inaprehensibilidad conceptual dada su extrema polifuncionalidad y que sólo de forma sesgada y tangencial es reconducible al punto neurálgico de atrozante referencia de mi labor expositiva y que es, como antes dije, el de la residencia del extranjero en España, entendido tal término, en sentido amplio, como contacto físico con el suelo español, permanente o transitorio, legal o ilegal, autorizado o no.

2.º En segundo lugar, van a quedar al margen de este trabajo el análisis del elenco de derechos, básicos u ordinarios, que recibe el extranjero en nuestro país de la normativa interna española, tanto si su dación procede de la legislación constitucional como de la ordinaria. Del propio modo eludiré cualquier referencia a toda la panoplia de obligaciones que teniendo como base genérica justificante la preceptiva del artículo 8 del Código Civil, antes citado, le afectan, especialmente de cariz administrativo y con objetivos prioritarios de control, todo ello en virtud de una normativa variopinta y heteroclita y de incidencia y ubicuidad abrumadoras.

Consecuentemente con lo que acabo de exponer, voy a prescindir por completo del análisis metodológico y dogmático que suscita la constitucionalización de la posición jurídico-pública del extranjero en España, acaecimiento de tremenda magnitud que ha acontecido a consecuencia de la inserción en nuestro texto básico de un artículo, el 13, concebido con tal finalidad, y que impone que:

«1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título, en los términos que establezcan los tratados y la Ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o Ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.»

Tal precepto, que ha motivado la Ley de Desarrollo de Carácter Mixto. orgánica y ordinaria a la vez, número 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, no va a ser considerado en este trabajo, habiendo destinado a su estudio (y al de la Ley antes dicha) un libro —*Estudios sobre extranjería*—, que editado por

Librería Bosch saldrá pronto al mercado, y en donde glosó de modo que estimo coherente y riguroso esta apasionante temática, que trató allí de forma omnicomprendensiva.

Congruentemente con esta cascada de delimitaciones, constelada en torno a la figura del extranjero en España, que se convierte en el punto nuclear de toda mi labor expositiva, culmino este introito explicativo e introductivo indicando que el objetivo básico de mi análisis va a girar en el ámbito analítico de la posición jurídica de tal extranjero, pero sin pretensiones de agotar la materia, puesto que van a quedar conscientemente al margen de mi interpretación todos los muy importantes temas que anteriormente descarté.

En suma, y como resumen recapitulativo de las expuestas consideraciones acotadoras de mi trabajo, puedo terminar diciendo que voy a exponer a continuación y sucesivamente, en primer lugar, una escueta referencia a la teoría de las fuentes del DIP; en segundo término, trataré del punto atañente a la subjetividad internacional del individuo, y concluiré mi labor con una referencia al Derecho de extranjería de procedencia internacional, tanto en el área de los derechos ordinarios como en el sector cubierto por la teoría de los derechos humanos.

4. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

Son las que sintéticamente aparecen mencionadas en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, al que los autores del DIP atribuyen carácter general. Tal precepto sienta que:

«1. El Tribunal, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
- c) Los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas del Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.»

El artículo transcrito, que viene a enumerar las fuentes nutricias del DIP (y también, obviamente, del Derecho de extranjería de origen internacional), presenta ostensibles concomitancias con el artículo 1.º del Código Civil, a cuyo tenor:

«1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno, mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*.

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.»

Con la simple transcripción efectuada podemos comprobar con claridad la similitud que media entre ambos textos normativos. Sin embargo, conviene no exagerar tal semejanza por cuanto que entre los dos artículos que acabamos de exponer también median profundas diferencias. Así, es asaz impactante el hecho de que el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (en lo sucesivo TIJ) mantenga un resonante silencio sobre la Ley como fuente del Derecho, siendo así que en el ámbito de los ordenamientos de procedencia interna la norma escrita —concepto genérico que incluye la Ley— tiene una absoluta preeminencia con respecto a las demás. De todos modos, el silencio del artículo 30 del Estatuto del TIJ es lógico, por cuanto que la ausencia en el ámbito del Derecho Internacional Público de un órgano decisorio, titular de facultades legisferantes con facultad de imponer a todos los países de la comunidad internacional imposiciones prescriptivas con carácter vincu-

lante, impide la existencia de normas de tal carácter con poder constriñente.

Por el contrario, los tratados internacionales o acuerdos entre Estados sometidos en cuanto a su contenido íntegramente al DIP, aparecen definidos por el artículo 2, a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, a cuyo tenor: «a) Se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular»; tienen un valor fundamental en el entorno prescriptivo propiciado por el DIP, constituyéndose en fuente preponderante del mismo. En cambio, en el esquema de fuentes propugnado por el artículo 1.º del Código Civil, los tratados, cuya normativa se convierte en interna a través de su publicación íntegra en el *BOE*, constituyen una fuente residual, sin que tal afirmación deba entenderse en sentido peyorativo ni como respuesta a la problemática inquietante y recurrente de las relaciones que median, en cuanto a su gradación jerárquica, entre la Ley y el tratado, tema que no procede abordar aquí.

Notoria disfunción atisbamos del propio modo entre los artículos que anteriormente transcribimos, y que ahora ocupan nuestra atención, en cuanto al tratamiento que los mismos hacen de la costumbre, norma evidentemente subordinada a la Ley en la hipótesis regulativa del artículo 1.º del Código Civil, que únicamente admite, mediante su acabada prueba en la instancia jurisdiccional correspondiente, la costumbre *paeter legem*.

Evidentemente, al no existir en el DIP la Ley como fuente de Derecho, la relación comparativa que podemos establecer entre el artículo 1.º del Código Civil y el artículo 38 del Estatuto del TIJ es incorrecta, por cuanto el parangón no pivota equilibradamente sobre el mismo punto de referencia.

De todos modos, lo que sí aparece claro es que el vacío normativo que la ausencia de la Ley provoca en el entorno cubierto por el DIP tiene que ser llenado por el resto de fuentes normativas, por lo que éstas adquieren un «plusvalor», pudiendo generalizarse esta afirmación abarcando también, junto a la costumbre, a los principios generales del Derecho, cristalización repristinada de valores axiológicos enraizados en el Derecho natural, considerados por el DIP y el Derecho interno como fuente del Derecho.

En virtud de lo dicho, la aplicación de la costumbre y de los principios generales resulta más fluida en la solución de las controversias que se susciten en el sector tutelado por el DIP, ya que en el mismo la judicialización de la costumbre y de tales principios no exige la previa constata-

ción de una laguna legal, cosa que inexcusablemente tiene que acaecer en el ámbito de la heterocomposición jurisdiccional que se atenga a los parámetros propuestos por el Derecho interno.

Por último, sólo me resta agregar que los dos artículos que nos han ido preocupando comparativamente mencionan la jurisprudencia, aunque ninguno de ellos se pronuncie de forma inconcusa en cuanto a su valor como fuente, siendo curioso al respecto que ambos preceptos utilicen para precisar el alcance jurídico de la referida jurisprudencia textualizaciones de simbología descriptiva sesgada y sibilina, que ha provocado estériles e inacabables discusiones sobre su auténtico significado. En efecto, la fórmula locucional «complementará el ordenamiento jurídico», que utiliza el artículo 1.º del Código Civil, así como la expresión que aparece en la literalización del artículo 38 del Estatuto del TIJ, en el sentido de que «el Tribunal... deberá aplicar... las decisiones judiciales como medio auxiliar», no brillan precisamente por la facilidad de su *sindéresis* expletiva, envuelta en la nebulosa, por lo demás pretendida por el legislador, de la imprecisión que impregna las palabras utilizadas para precisar la funcionalidad de la jurisprudencia.

Sólo me queda añadir que el artículo 38 del Estatuto, a que nos vamos refiriendo, menciona «la doctrina de los publicistas de mayor competencia» como aplicable del propio modo por el TIJ, situando tal fuente, moderno remozamiento del *ius discendi*, cuya titularidad fue conferida en Roma a los más reputados juristas, al mismo nivel que la jurisprudencia, constituyendo tal posibilidad otra disfunción más a añadir al parangón que estamos efectuando entre los artículos que relacionamente hemos comentado, ya que, prescindiendo de cuál sea el valor doctrinal de las opiniones de los autores, éste es nulo considerado desde el ámbito normativo cubierto por el Derecho interno.

5. CUESTION DE LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO

El fenómeno coexistencial que concierne a los Estados integrantes de la comunidad internacional, considerados como entes soberanos, determinó la génesis del DIP, como ordenamiento jurídico autónomo y rigurosamente coherente, proyectado para dar respuesta normativa y, por ende, racional a dos constataciones fácticas íntimamente cohesionadas y de indudable trascendencia: a) La simultánea pluralidad yuxtapuesta de Estados independientes, con plena capacidad jurídica en el orden internacional. b) La imperativa necesidad de erradicar la violencia de un mundo de intersubjetividades estatales con pertinaz potencialidad conflictiva, orien-

tando las relaciones que puedan mantener entre sí los Estados, de ostensible envergadura en cuanto a su dimensión y multidireccionalidad, dada la creciente diversidad y magnitud de intereses nacionales a cohonestar, por la vía de una convivencia fructífera y teñida de civilidad, en la que quede descartada la vitanda actividad bélica de abominables consecuencias.

De todo lo dicho se desprenden dos consideraciones de evidente jugosidad gnoseológico-jurídica. La primera consiste en que el Estado es el titular por antonomasia de la normatividad del DIP, y así, el Estatuto organizador surgente de cualquier relación jurídica internacional, sea cual fuere el origen, textura y complejidad de la misma, se articula, inevitablemente, en torno al urdimiento de un conjunto más o menos simétrico y armónico de derechos, obligaciones y responsabilidades, que tienen como destinatario primordial al Estado, sujeto de Derecho prístino y casi monopolizador de toda la esfera descriptiva, prescriptiva y jurisdiccional arquetipizada en la preceptiva del DIP. La segunda de las consideraciones resulta de la adveración incontrovertidamente fácil de que el referido DIP, embridador de la justicia en el ámbito interrelacional público y enraizado en el terreno propicio a la axiología más depurada, se halla empeñado por propia autoexigencia científica en la búsqueda tesonera de unas relaciones internacionales asentadas en la concordia y no en la discrepancia. En la consecución de tan valioso objetivo, el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados integrantes de la comunidad internacional se convierte en meta prioritaria a alcanzar, toda vez que, por un lado, el Estado pierde su intrínseca justificación filosófica si tal respeto no se produce. Por otra parte, existe una evidente correlación entre el grado de humanidad que impregna las relaciones de un determinado Estado con los individuos sometidos a su soberanía territorial, sean éstos nacionales o extranjeros, y la dosis de comportamiento civilizado, que lidera su actividad internacional como sujeto de Derecho implicado en relaciones interestatales.

Esta segunda observación, que ha venido a aportar un nuevo matiz a la visión tradicional del DIP como exclusivamente regulador de las relaciones interestatales, es fecunda en consecuencias, de entre las que sobresale el creciente reconocimiento por parte de tal DIP de la subjetividad internacional del individuo y, congruentemente, de su capacidad internacional, a cuyo conferimiento, superadas parcialmente obsoletas reluctancias, es cada vez más proclive el DIP, si bien, por el momento, tal fenómeno sólo acaece, y ello de forma muy atenuada y fragmentaria, en el ámbito de los derechos básicos, respecto de los cuales, como veremos más tarde, el ordenamiento internacional, especialmente aquel de factura

convencional, impone a los Estados obligaciones de comportamiento que son, en cierta medida, limitaciones a su soberanía y que determinan, correlativamente, el otorgamiento de porciones cada vez mayores de capacidad internacional a los individuos, con independencia de su nacionalidad, convirtiéndoles, o mejor dicho, atendiendo a convertirles en titulares de auténticos derechos públicos subjetivos de origen internacional y, al propio tiempo, aumentando sus parcelas de legitimación directa para deducir ante las instancias jurisdiccionales de control y protección de porte internacional, las pertinentes pretensiones encaminadas a la defensa y/o reparación de sus derechos básicos u ordinarios violados o amenazados por una acción ilegítima del Estado de su nacionalidad o de acogida, sustrayendo la protección del individuo del angosto cauce que para él supone el exclusivo acceso a la escuálida función estatal a través de la protección diplomática, cuestión que examinaremos con posterioridad.

Me interesa destacar, al efecto, que los autores del DIP tienden a caracterizar el reconocimiento de la subjetividad internacional y, por ende, de la capacidad para ser sujeto activo y pasivo de las relaciones internacionales, a base de categorizar y diseccionar tal subjetividad, y subsiguiente capacidad internacional, en función de la legitimación jurisdiccional que la misma atribuye. A este respecto, resulta de absoluta lucidez, desde esta vertiente interpretativa, la posición de SOERENSEN, ejemplo de autor cuya metodología conceptual en esta materia se atiene íntegramente a lo anteriormente expuesto, quien, al respecto, sienta que «es sujeto del DIP quien sufre directamente responsabilidad por una conducta incompatible con la norma y aquel que tiene legitimación directa para reclamar contra toda violación de la norma». Así, pues, según esta posición, por lo demás ampliamente compartida en el seno del conjunto doctrinal destinado al estudio del DIP, es imprescindible hallarse investido de una legitimación activa o pasiva, de acusado porte procesal, a fin de que por el DIP se atribuya capacidad internacional a un determinado sujeto.

A mi juicio, y partiendo de premisas iusprivatistas —no en balde soy un jurista especializado en Derecho civil—, estimo que la posición argüida por SOERENSEN debe ser cautelosamente matizada. Obvio es que la legitimación, que habilita el acceso a las instancias internacionales de protección y tutela de los derechos concedidos a los sujetos de Derecho internacional, forma parte del contenido mínimo que tales derechos atribuyen a su titular, toda vez que una facultad, una potencialidad de querer jurídicamente válida, que no comporte la posibilidad de su defensa de tipo jurisdiccional, queda convertido por tal carencia en algo inane y desprovisto de sentido jurídico. Empero, el derecho a exigir una tutela efec-

tiva de tipo jurisdiccional o bien simplemente activar las oportunas medidas de control, posibilidad sucedánea de la anteriormente expuesta, insertas en el ámbito del DIP, no presenta sino un carácter consecuencial y de acusado matiz instrumental en cuanto que su subordinación al Derecho, concebido en sentido material o sustantivo, es total. Así, pues, desde el mundo de los paradigmas de los conceptos jurídicos, válidos para cualquier rama de la ciencia del Derecho, la subjetividad internacional del individuo, es decir, su aptitud para intervenir activamente, como interesado directo y no como puro beneficiario de efectos reflejos de relaciones ajenas, en el sector descriptivo y regulativo jurídicamente arquetipizado por la normativa integrante del DIP, no puede sino basarse en el dato inconcuso de una previa dación al mismo de una gama más o menos completa de derechos públicos de naturaleza y configuración internacionales, siendo la legitimación para su defensa directa una lógica consecuencia de tal previa atribución, si bien sirve en ocasiones para «visibilizar» ostensiblemente el previo otorgamiento de tal conjunto de potencialidades derivadas directamente del referido DIP. Lo contrario equivaldría a invertir los términos de un lógico razonamiento jurídico, confirmando más beligerancia a una facultad subordinada, por muy trascendente que sea ésta, que a la principal.

En suma, el proceso de subjetivación del individuo, todavía en sus albores por lo que afecta a su imbricación en el tejido normativo del DIP, tiene que derivarse forzosamente de la previa atribución al mismo de una posición jurídico-pública a nivel internacional, de la que se desprende la asunción por él de ciertos derechos y obligaciones internacionales, que conlleven las pertinentes y consecuenciales legitimaciones procedimentales activas y pasivas, cuya existencia por lo demás es imposible sin tal previo conferimiento normativo internacional de tipología estrictamente material.

6. EL DERECHO INTERNACIONAL DE EXTRANJERIA Y LOS DERECHOS ORDINARIOS DEL INDIVIDUO

Tal Derecho, de procedencia internacional, es aquel conjunto normativo que impone a los Estados obligaciones de conferimiento de derechos ordinarios y de respeto de los mismos en cuanto a los extranjeros asentados sobre su territorio. En realidad, en esta materia el grado de subjetividad internacional del individuo, entendida tal expresión en el sentido que intentamos desentrañar con anterioridad, es muy endeble, toda vez que en tal Derecho de extranjería internacional, cuyas fuentes vamos a ver a continuación, la posición del Estado, como sujeto de Derecho, es absolutamente preeminente, siendo éste, en definitiva, el único titular de

la exigencia del comportamiento tuitivo de los otros Estados con los que mantiene la pertinente —y directa— relación internacional, beneficiándose sus nacionales sólo de manera refleja, careciendo éstos por completo de legitimación a los efectos jurisdiccionales oportunos, precisamente porque el Estado de acogida, obligado a mantener respecto de los mismos un determinado comportamiento atributivo o tuitivo, con quien aparece jurídicamente vinculado es exclusivamente con su Estado, o sea, con el país cuya nacionalidad ostentan, y no directamente con los individuos puros destinatarios de los efectos reflejos de una relación interestatal a la que son ajenos, o sea, terceros.

7. FUENTES

Son las mismas que con anterioridad mencionamos al efectuar la exégesis del artículo 38 del Estatuto del TIJ. Veámoslas por separado:

A) COSTUMBRE

Tal fuente normativa, resultado de la repetición de actos uniformes, constantes y racionales durante un tiempo más o menos largo por parte de los órganos del Estado, impregnados de la llamada *opinio iuris seu necessitatis*, en el área sectorializada del DIP que estamos analizando no presenta un papel excesivamente relevante. De todos modos, hallamos algunas manifestaciones de su eficacia normativa en el tema relativo a la protección diplomática, concretamente en cuanto que impone el requisito del previo agotamiento de los recursos internos que procedan para poder impetrar la misma. A la costumbre se debe también el que un Estado sólo pueda ejercer la protección diplomática respecto a sus propios nacionales, como veremos luego.

B) PRINCIPIOS GENERALES

Tampoco esta fuente normativa goza de excesivo predicamento en el entorno preceptuador que estamos ahora abordando. De todos modos, tal afirmación no debe ser minimizante de la posición de los mismos en cuanto a su incardinación en el sistema de fuentes, y es de señalar que la jurisprudencia internacional, aunque sin aquilatar muy bien la distinción entre principios atinentes a los derechos básicos y aquellos que contraen su funcionalidad a los ordinarios, ha reconocido taxativamente su viabilidad, que legitima la vehiculización de su exigencia en la esfera jurisdic-

cional internacional, siendo por ello susceptibles de ser aplicados directamente a través de la previa judicialización de la relación cuestionada, tendente a ser dilucidada mediante la aplicación a la misma de aquellos principios generales que han sido previamente localizados, a través en ocasiones de complicados mecanismos de identificación integradora, por el órgano jurisdiccional interviniente. Podemos citar, en tal sentido, las afirmaciones vertidas por M. HUBER, árbitro único que entendió en el asunto de las reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos, aludiendo a unos «principios del Derecho de gentes que, en ausencia de tratados, reglamentan los derechos de los extranjeros».

Por otra parte, el TIJ, en su famosa Sentencia de 5 de marzo de 1970, referente al asunto de la «Barcelona Traction», efectuó importantes apreciaciones en orden a la exigencia tuitiva, en el orden internacional, sobre las inversiones extranjeras, fundándola sobre la existencia y legitimidad de tales principios, cuya principal dificultad de aplicación radica en que la positivación de los mismos, a través de la labor judicial antes mencionada, encierra en multitud de ocasiones una crispante dificultad, especialmente acrecida por lo vagoroso y genérico de su concepción.

Para concluir con este apartado sólo me resta agregar cómo el excesivo proteccionismo que impregna en la actualidad las legislaciones internas, y cuya etiología propulsora es multiforme y variopinta, ha provocado la lamentable degradación de uno de los más generosos principios internacionales residenciado en el ámbito del DIP, y era el relativo a la equiparación casi absoluta que propiciaba entre nacionales y súbditos foráneos en cuanto a la tenencia y ejercicio de una serie de derechos ordinarios cuya atribución se efectuaba atendiendo a reglas de estricta igualdad, con absoluta independencia de la calidad de nacional o extranjero de su titular. Tal principio equiparativo, integrado en el contenido del DIP a partir de la Revolución francesa, y que atañía particularmente a los derechos de establecimiento y libre ejercicio profesional, ha sido barrido por una ola arrasadora de cláusulas de salvaguardia de diferente porte, que ha reducido a pavesas los liberales criterios propiciados por los legisladores postrevolucionarios franceses.

C) TRATADOS

Por lo que concierne a la dimensión convencional del Derecho de extranjería, en la vertiente del mismo que estamos debatiendo, se halla caracterizada inequívocamente por los denominados «convenios de establecimiento», que, como apunta J. C. FERNÁNDEZ ROZAS en la obra conjunta *Derecho Internacional Privado*, parte especial, vol. I, pág. 170:

«Su función es la regulación bilateral de las condiciones de entrada y permanencia y las de acceso y ejercicio de las prestaciones económicas y profesionales por los nacionales de una parte en el territorio de la otra.» El concepto de establecimiento abarca, por lo general, tanto a las personas físicas como jurídicas. Dichos convenios suelen tener como base una cláusula de reciprocidad o de nación más favorecida; esta última ha sido definida, en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, por E. US-TOR, como «la disposición de un tratado en virtud de la cual uno o más Estados concedentes se obligan a otorgar el trato de nación más favorecida a uno o más Estados beneficiarios».

Vemos, pues, cómo tales convenios establecen cláusulas de reciprocidad que, desde el prisma óptico del DIP clásico, se hallan perfectamente justificadas por su incuestionable pulcritud jurídica, asentada en el hecho de ser las mismas la perfecta cristalización de la esencial corresponsabilidad interestatal, exigencia lógica derivada del principio más general consistente en que en el esquema convencional internacional todos los Estados soberanos actúan desde posiciones de idéntica igualdad, basamento, a su vez, de una equilibrada relación internacional.

Lo que acontece es que tales cláusulas de reciprocidad son legítimas en tanto en cuanto se trate de insertar a través de ellas las dosis suficientes de sinalagmaticidad en una situación jurídica de tipología bilateral institucionalmente recíproca. Por el contrario, la mismas pierden su razón de ser tan pronto como los ciudadanos de los países convencionalmente obligados dejan de ser interesados reflejos e indirectos de relaciones ajenas, sin protagonismo directo para convertirse en sujetos de Derecho con capacidad internacional, por cuanto que entonces, al ser ajenos a una reciprocidad no consentida, su imposición puede resultar discriminatoria. Tal acaece en el ámbito de los derechos humanos, como agudamente ha discernido la doctrina internacionalista, coligiendo, dada la esencial igualdad que debe atemperar y regir la atribución de tales derechos básicos, que cualquier exigencia de reciprocidad impuesta por la normativa interna o convencional internacional es discriminatoria, impactando irremisiblemente su admisibilidad con los pronunciamientos imperativos pregonados por el derecho cogente del DIP, señalando al efecto P. LEGARDE que «si bien no aparece que el Derecho Internacional general condene las discriminaciones a extranjeros sobre la base de la reciprocidad, tal condena se impone cuando se trate de derechos evidentes, como el derecho a la vida o el reconocimiento de la personalidad jurídica de los extranjeros».

Por lo que atañe a la dimensión convencional antes mencionada, en la que se halla implicada España, tengo que reseñar la falta de densidad

de la misma, si bien es evidente que ésta se ha visto últimamente enriquecida por la adhesión de España a la CEE. Prescindiendo de tal hecho, del que me ocuparé brevemente con posterioridad, puedo citar entre los tratados incluidos en tal dimensión y que afecten a los extranjeros en España, el celebrado con Francia el 2 de noviembre de 1932, encaminado a regular cuestiones relativas a trabajo y asistencia. Podemos también mencionar del propio modo el tratado consular celebrado con Gran Bretaña el 30 de mayo de 1962. A esta naturaleza pertenece también el acuerdo comercial entre España e Irlanda de 19 de diciembre de 1951, así como el tratado hispano-francés de 7 de enero de 1862, o bien, el convenio hispano-suizo de establecimiento firmado en Berna el 14 de noviembre de 1879, concluyendo esta lista de acuerdos bilaterales el convenio hispano-griego de 8 de septiembre de 1928, el hispano-romano de 31 de marzo de 1934, el hispano-iraní de 12 de marzo de 1956 y el hispano-alemán de 23 de abril de 1970.

La entidad objetiva de todas estas manifestaciones paccionadas de porte internacional palidece ante la envergadura del tratado de Roma constitutivo de la CEE, que sienta como uno de sus objetivos básicos el de la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores. España, como es notorio, se ha adherido recientemente a las Comunidades Económicas Europeas y ello ha generado una dinámica de respeto al extranjero y de libre equiparación intracomunitaria subjetiva de considerable trascendencia. El estudio de las consecuencias que tal fenómeno adhesional ha provocado no nos es dable efectuarlo aquí dada la variedad de matices que el mismo ha suscitado en toda la temática que va siendo objeto de este trabajo. Lo que sí me urge puntualizar, y con ello concluyo este apartado, es que la subjetividad internacional del individuo, especialmente en el ámbito de los derechos ordinarios conferidos al extranjero, ha experimentado un considerable acrecimiento al abrigo de la normativa comunitaria, que en determinados supuestos dinamiza la posibilidad de reclamaciones jurisdiccionales plenas ante órganos internos e internacionales en base a la normativa interestatal de tipo comunitario, que, por lo demás, es de prevalente aplicación en los sistemas jurídicos nacionales, imponiéndose su exigencia y, en su caso, aplicación directa por los operadores jurídicos de los mismos, incluso con prevalencia sobre las propias normas constitucionales de los países miembros. Para un estudio más detallado de la materia me remito a mi libro antes eludido, en donde dedico tres capítulos a la exposición de la misma.

8. PROTECCION DIPLOMATICA

Perfectamente ajusta la óptica en esta materia J. A. PASTOR RIDRUEJO, en su obra *Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1986, cuando en su página 223 dice que:

«Si un Estado comete un acto ilícito internacional en perjuicio de un particular extranjero, persona física o jurídica, la presente situación del Derecho internacional no permite, en línea de principio, al perjudicado entablar una reclamación en el plano internacional contra el Estado infractor. Al particular no le queda otro remedio que reclamar en el plano interno de este Estado, y si en él no obtiene satisfacción, lo único que puede hacer es acudir al Estado de su nacionalidad para que sea éste el que reclame. Y si tal Estado lo hace así, ejercita lo que se llama la protección diplomática.»

Así, pues, lo que resulta obvio de lo anteriormente expuesto es que el individuo lesionado o presuntamente perjudicado por la actividad ilícita, responsable o imputable, de un Estado ajeno, es decir, de un Estado cuya nacionalidad no ostenta la víctima, carece de legitimación para deducir las correspondientes pretensiones de reconocimiento o reparación por las violaciones sufridas ante ningún tipo de instancia jurisdiccional internacional, pudiendo acceder únicamente a los órganos titulares de la función jurisdiccional interna, y solamente cuando esta vía quede agotada podrá demandar la intervención tuitiva que supone la protección diplomática.

La exposición descarnada de tal estado de cosas es en verdad desalentadora, en cuanto indicativa de la indefensión a nivel internacional en que se halla el extranjero frente a las conculcaciones que puedan experimentar sus derechos —básicos u ordinarios— a consecuencia de los ilegítimos comportamientos de los Estados, bien sea el suyo propio, y en el caso del extranjero, el ajeno. De todos modos, la situación de escualidez tuitiva a nivel internacional que acabamos de describir es un lógico y obligado corolario de la constatación irrefutable de que en el ámbito de los derechos de tipología ordinarios, cuyo ofrecimiento al extranjero se efectúa por la preceptiva internacional, el mismo se hallase desprovisto de la imprescindible legitimación defensiva que normalmente acompaña a cualquier dación de derechos correctamente efectuada, adoleciendo por ello el conjunto normativo de origen internacional de una fragilidad atributiva consustancial, consecuencia de que en realidad tal cuerpo jurídico no confiere auténticos derechos a los extranjeros, sino que únicamente

les sitúa en una posición de afectación indirecta, tal como hemos tenido ocasión de exponer con anterioridad, razonamientos a los que me remito a fin de evitar ociosas reiteraciones.

Cierto es que a nivel de normativa interna la pertinencia de la protección diplomática podrá articularse con carácter más o menos discrecional, pudiendo incluso imponerse su practicidad obligatoria, pero ello no modifica una tilde la exactitud dogmática de lo argüido y que consiste, resumiendo, en que el extranjero afectado por el comportamiento lesivo de un Estado carece por completo de la facultad de emplazarle ante las jurisdicciones internacionales a los efectos de exigirle la correspondiente responsabilidad, simplemente porque carece de la legitimación para ello, ya que ninguna relación mantiene con tal Estado desde el punto de vista del DIP.

En tal sentido, debe entenderse un *dictum* muy preciso y absolutamente clarificador procedente del Tribunal de La Haya, citado por J. A. RIDRUEJO en su obra dicha, página 223; *dictum* que impone que:

«Al hacerse cargo de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento a su favor la protección diplomática..., ese Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho internacional.» Al respecto, apostilla el autor citado que:

«Este *dictum* pone de relieve que en los casos de ejercicio de protección diplomática de particulares, la responsabilidad internacional sigue siendo una relación de Estado a Estado. Precisión no sólo académica, sino que tiene, por el contrario, dos importantes consecuencias en el Derecho internacional, a saber: carácter discrecional del ejercicio de la protección diplomática y disponibilidad del Estado de la reparación obtenida.»

Ambas consecuencias —estimo por mi parte— son de una lógica abrumadora habida cuenta de todo lo que llevamos dicho. En definitiva, la protección diplomática supone la previa violación de una relación jurídica internacional entre dos Estados, establecida por vía convencional o simplemente por exigencias del Derecho Internacional General, constituyendo tal alteración de la normalidad en el desenvolvimiento de una relación interestatal vigente el hecho de que una de las partes haya transgredido los derechos de uno de los nacionales del otro. Ante tal situación, la parte legitimada para interponer la pertinente reclamación puede hacerlo o dejar de hacerlo, por cuanto que tal alternativa depende exclusivamente de su soberano albedrío. Así, puede conformarse con la agresión que el otro Estado con quien mantiene relación ha cometido en uno o varios de

sus nacionales o puede, por el contrario, iniciar los trámites para que tal violación no quede impune.

La otra consecuencia apuntada por el autor citado, es decir, la disponibilidad por el Estado reclamante de la reparación obtenida, no puede ser más coherente con lo dicho hasta aquí. Se trata, en suma, de una reparación que le es debida en nombre propio, por cuanto que el Estado transgresor —y condenado— violó un derecho del reclamante: El de exigir que dicho Estado respetase los derechos de sus nacionales, constituyendo los beneficios que de la misma puedan derivarse para los mismos un puro efecto reflejo y subsidiario de la acción emprendida por el Estado reclamante, con lo que la posición del individuo en cuanto a su absoluta conversión de tercero se consuma, ya que carece de facultades internacionales de reclamación, tanto contra el Estado agresor como contra su propio Estado.

En virtud de lo hasta ahora dicho parece bastante obvio que el nacional de un determinado Estado no puede interferir en la legitimación internacional que éste ostenta para reclamar por las presuntas violaciones que sus nacionales sufran en sus derechos por la acción ilícita de otro Estado. Otra cosa es que pueda, en su caso, renunciar a la indemnización que el Estado cuya nacionalidad ostenta tenga a bien ofrecerle al resultar vencedora la reclamación interpuesta por el mismo.

De todos modos, han existido dudas doctrinales y jurisprudenciales sobre la validez de la renuncia por parte de los individuos a la protección internacional, dudas, a mi juicio, absolutamente vanas, desde el punto de vista de la técnica jurídica, toda vez que la coherencia analítica obliga a responder negativamente a la admisibilidad de tales renunciaciones, genéricamente denominadas «cláusula Calvo».

Por lo que afecta al Derecho español, la protección diplomática discurre por los cauces que hemos esbozado, y al efecto es de citar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, que muy sintéticamente sostuvo, en su Sentencia de 16 de noviembre de 1974, que la protección diplomática es «una relación de Estado a Estado dentro de un marco de oportunidad». Efectuando la exégesis de tal sentencia, J. A. PASTOR RIDRUEJO mantiene en su obra dicha, página 224, que:

«La misma sentencia ha estimado que el ejercicio o la falta de ejercicio de la protección diplomática no es fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa, por entender que cae dentro de la excepción prevista en el artículo 2, b), de la Ley Reguladora de tal Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, que se refiere, entre otros, a los actos políticos del Gobierno que afecten a las relaciones internacionales. Claro que tal

apoyo legal no es del todo correcto, porque en España la protección diplomática no la decide el Gobierno, sino el Ministerio de Asuntos Exteriores, según el artículo 1 del Decreto de 2 de abril de 1976, que coincide con la práctica anterior. En todo caso, según el artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, de 22 de abril de 1980, este Alto Organismo debe ser consultado por el Gobierno en todos los casos de ejercicio de la protección diplomática.

Pero otra cuestión es si la Administración responde patrimonialmente de los perjuicios causados al particular español por el no ejercicio o por el ejercicio ineficaz de la protección diplomática. La referida Sentencia de 1974, amparada en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y en el artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha entendido que sí en un supuesto en que no se había ejercitado la protección diplomática, concediendo la pertinente reparación a los particulares perjudicados.»

Hemos visto los presupuestos existenciales básicos para el ejercicio de la protección diplomática, que desde el punto de vista operativo exige, en primer lugar, que el extranjero lesionado goce de la nacionalidad del Estado reclamante, por lo que los apátridas no pueden acudir a esta vía tuitiva, punto al que ya aludimos, suscitándose determinados problemas, que no vienen al caso, en aquellos supuestos en que tal extranjero goce de doble nacionalidad y ostente al propio tiempo la ciudadanía del Estado que interpuso la reclamación y del que dio motivo a ello; caso resuelto negativamente por el Tribunal Permanente de Arbitraje en 1912 con motivo del asunto Canevaro.

En todo caso, conviene tener presente que la protección diplomática supone una reclamación interestatal presentada directamente por el órgano de la Administración Central del Estado reclamante que determine su legislación interna, al Estado infractor, directamente, bien ante el Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho Estado, bien ante la misión acreditada en el Estado reclamante, siendo condición imprescindible para que ésta sea admisible, como antes señalamos, que la vía interna de reclamación administrativa y judicial hayan sido agotadas a instancia del extranjero perjudicado.

Precisamente esta exigencia de reclamación al más alto nivel, indicativa de la relación internacional que media entre Estados soberanos dotados de personalidad jurídica plena desde el punto de vista del DIP, diferencia la protección diplomática que estamos analizando, de la llamada protección consular, en la que si bien existe una lesión sufrida por un extranjero titular de la ciudadanía de Estado de los órganos consulares

actuales, no es necesario que exista un previo agotamiento de los remedios previstos en la legislación interna, y aparte de ello, y esto es lo más importante, así como la protección diplomática requiere una pretensión dirigida directamente al Estado transgresor, la consular supone una reclamación interpuesta ante el órgano del mismo que causó la lesión, órgano que puede ser local, provincial o central.

Como cierre de esta temática, de la que sustraemos el estudio de la protección diplomática en relación con las personas jurídicas, por no encajar en el punto angular de mi trabajo expositivo, tengo que hacer una referencia a las funciones tuitivas integradas dentro de la llamada «asistencia consular», que no tienen como desencadenante una transgresión de la normativa internacional o nacional que haya sufrido el asistido, sino que se presta simplemente como medio de ayuda en los casos de necesidad.

9 PROTECCION DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA PROCEDENTE DE AREAS TERRITORIALES CUBIERTAS POR LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A consecuencia de la reciente adhesión de nuestro país a las instancias comunitarias, todo lo referente a la normativa dimanante de las mismas, con abrumadora e inopinada incidencia en nuestro entorno jurídico, ha adquirido una enorme relevancia, lo que ha motivado que destine tres capítulos de mi obra *Estudios sobre extranjería*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986 —los últimos— a un bosquejo de lo más relevante de la misma. De todos modos, estimo que procede aquí, por exigencias de coherencia expositiva, apuntar los posibles criterios tuitivos que para los extranjeros comunitarios en nuestro país supone la incorporación de España a la CEE y a las restantes Comunidades Europeas (CECA y EURATOM).

En realidad, tal función tuitiva, conectada con el tema de los derechos humanos, no aparece de forma explícita en el contenido de los tratados constitutivos de las referidas Comunidades, ni en la legislación derivada procedente de las mismas, si bien no deja de ser significativo, al respecto, que el artículo 7 del Tratado Constitutivo de la CEE prohíba a los Estados comunitarios cualquier discriminación basada en la nacionalidad, y que, por otra parte, la integración europea pretendida por los referidos tratados tenga como uno de sus soportes primordiales la libertad de establecimiento y libre circulación de trabajadores, cuestiones a las que dedico extensas consideraciones en los capítulos antes citados.

Por otro lado, no podemos menos de constatar la creciente atención que merece el tema de los derechos básicos —cuya incidencia en la situa-

ción del extranjero sometido a la jurisdicción territorial española es acusada— por los órganos principales de las mismas, y así, el Consejo de Europa, institucionalización de las «reuniones en la cumbre» de los Jefes de Estado y de Gobierno, mantiene una inequívoca posición al respecto, de la que es expresiva muestra la «Declaración sobre la Democracia» formulada en Copenhague el 8 de abril de 1978, en la que se estima que el respeto de los derechos esenciales es ineludible en cualquier sociedad organizada políticamente según pautas democráticas.

También es sumamente trascendente la labor desarrollada en la materia por el Parlamento Europeo, que en su famosa Resolución de 16 de noviembre de 1977 preconiza que la Comunidad garantice y salvaguarde los derechos fundamentales frente a las violaciones ocasionadas por el comportamiento ilegítimo de órganos comunitarios o estatales.

Citable resulta, en esta línea, la posición que adoptó al respecto la Comisión, cuya intervención de mayor envergadura en este ámbito se produjo al redactar el año 1979 el llamado «Memorándum sobre la Adhesión de las Comunidades a la Convención Europea de Derechos Humanos», propuesta que si bien suscitó un inusitado interés en sectores doctrinales de diverso fuste y propincuidad, no ha alcanzado operatividad por la propia teleología existencial del Tratado Constitutivo de la CEE, suponiendo, sin embargo, una perfilada y útil cristalización de las tendencias más progresivas sobre la materia.

Por último, y con ello concluyo este apresurado apartado, tengo que reseñar que a pesar de que el tema de los derechos humanos no se halle formalmente incluido en las pertinentes delegaciones competenciales efectuadas por los Estados integrantes de las Comunidades Europeas en los órganos de las mismas, el Tribunal Comunitario, si bien mantuvo inicialmente una actitud distante frente al mismo, cambió rotundamente de criterio a partir del año 1969 (caso Stauder), y desde entonces ha pronunciado más de veinte sentencias en casos relacionados con reales o presuntas violaciones de derechos humanos, aplicando, ante la ausencia de normas habilitantes procedentes del Derecho positivo comunitario, el contenido juridificador que fluye de los principios del Derecho internacional.

10. DERECHO DE EXTRANJERIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Intimamente eslabonada con la temática explayada con anterioridad, referente a la indagación y alcance del proceso de subjetividad internacional creciente del individuo, se encuentra el tema de los derechos humanos, materia en que tal fenómeno ha alcanzado mayor madurez, densidad y precisión, resultando con ello que en este ámbito, donde no cabe legítima-

mente ningún tipo de discriminación entre los nacionales y extranjeros, es donde el referido proceso de subjetivación del individuo, a nivel internacional, ha experimentado mayor progreso, aportando una nueva visión del DIP, que de ser estrictamente competencia, relacional y regulativo del fenómeno coexistencial entre Estados soberanos e independientes, ha pasado a llenarse de contenido humanístico, si bien, desgraciadamente, éste tiene todavía un sentido predominantemente programático.

Este proceso de agudizada «humanización» del DIP se inicia con diversas y grandilocuentes formulaciones realizadas en el siglo xvii, en el devenir histórico del constitucionalismo británico, que no eran sino solemnes daciones de derechos fundamentales conferidos en exclusiva a los nacionales de la Gran Bretaña. A renglón seguido, e introduciendo una laudable impronta de universalidad superante de la áptera visión localista, que no deducía de las anteriores declaraciones, fueron adoptadas las grandilocuentes Declaraciones de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776 y Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano acordada por la Asamblea Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789. A partir de ahí, y tomando como modelo tales antecedentes, las diversas constituciones que sucesivamente se fueron promulgando contuvieron enumeraciones más o menos perfiladas de derechos humanos, así como mecanismos de control y defensa, arbitrando al efecto medidas tuitivas de diversa factura tipológica, aunque el criterio del legislador interno adoleció de un acentuado erratismo. Tales fórmulas fueron heterogéneas, pero en algo coincidieron todas las que por entonces se instauraron, y ello consistió en su absoluta incardinación en los ámbitos cubiertos por sus respectivos ordenamientos internos, siendo inexistentes las posibilidades otorgadas al individuo, lesionado o presuntamente lesionado en sus derechos básicos, a fin de que pudiera demandar una verdadera protección jurisdiccional de contextura internacional.

Prontamente advirtieron los estudiosos del tema lo insatisfactorio del sistema tuitivo, al que acabamos de aludir, en cuanto que el Estado, frecuentemente transgresor de los mismos derechos que reconocía, estaba llamado a dirimir contiendas en las que asumía inevitablemente los papeles de juez y parte. A consecuencia de lo frustrante de tal constatación, finalizados los ominosos acaecimientos derivados de la conflagración mundial que aconteció en los años 1939-1945 y que sumió a la humanidad en una vorágine de bochorno y abominación, el tema de los derechos humanos, íntimamente relacionado, como ya quedó dicho, con la instauración de un templado sistema convivencial interestatal, no asentado en la prepotencia, sino en la coexistencia pacífica fundada en la igualdad, alcanzó prioridad absoluta en los esfuerzos de los paladines de la conser-

tación mundial, absolutamente persuadidos de que un mayor nivel de respeto de los derechos humanos por parte de los Estados miembros conduciría inevitablemente a una relación interestatal más civilizada.

Hito decisivo en toda esta materia lo constituye el hecho de que la Carta de las Naciones Unidas sostenga en su preámbulo: «La fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres», y en la misma línea de reconocimiento de los derechos humanos, como bienes jurídicos inestimables, su artículo 1 declara como propósito la cooperación internacional «en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos». Por su parte, en el artículo 55, c), se establece que la Organización promoverá «el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos». Concluyo esta breve reseña programática referente a los derechos básicos contenida en la Carta constitutiva de las Naciones Unidas con el artículo 62, 2, de la misma, que precisa como función del Consejo Económico y Social la de «hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y a la efectividad de tales derechos y libertades».

«En los primeros años de vigencia de la Carta de las Naciones Unidas planteóse el agudo problema de precisar si estas disposiciones de la Carta imponían realmente obligaciones jurídicas de comportamiento a los Estados miembros en materia de derechos humanos.» El artículo 56 establecía el compromiso de los Estados miembros de «tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55». Dicho artículo 56 era diversamente interpretado, pues mientras algunos sostenían que el único compromiso que en virtud de él asumían los Estados miembros era el de cooperar internacionalmente, otros entendían, desde una perspectiva más progresista, que el artículo 56 obligaba también a los Estados miembros a adoptar medidas en el plano interno. Hoy la controversia está superada, pues, como dijo el TIJ de La Haya, en su Dictamen de 21 de junio de 1971, en el asunto Namibia:

«Conforme a la Carta de las Naciones Unidas, el ex mandatario se había comprometido a observar y respetar los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción de razas, en un territorio que posee un *status* internacional. El hecho de establecer y aplicar... distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas exclusivamente en motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, que son una negación de los derechos humanos fundamentales, constituye una flagrante violación de los propósitos y principios de la Carta.»

Si, pues, los Estados miembros de la Organización han contraído en la Carta la obligación de respetar los derechos humanos, no se puede sostener que tal materia sea de jurisdicción interna, en el sentido del párrafo 7 del artículo 2 de la misma. Según esta última disposición, las Naciones Unidas no pueden intervenir en asuntos que sean esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, pero en materia de derechos del hombre, los Estados miembros han asumido compromisos internacionales. La cuestión ha pasado a ser objeto del interés de la sociedad internacional y del Derecho de gentes, y en ella no se puede alegar la excepción de jurisdicción interior de los Estados. La práctica de las Naciones Unidas se ha orientado indudablemente por esta vía.

A fin de llenar de contenido las enunciaciones generales anteriormente transcritas, contenidas en la Carta genética de las Naciones Unidas, se iniciaron una serie de trabajos encaminados a la positivación y predictización concreta de los derechos humanos, tarea de concreción sumamente trascendente a los efectos de la seguridad jurídica. Las Resoluciones 5 (1) del Consejo Económico y Social de 16 de febrero de 1946 y 9 (1) y 12 (2) de 21 de junio del mismo año erigieron como órgano auxiliar la muy importante Comisión de Derechos Humanos, que culminó un Proyecto de Declaración de los mismos, que sometido a votación en la Asamblea General, fue aprobado abrumadoramente bajo la denominación de «Declaración Universal de Derechos Humanos» en la fecha histórica de 10 de diciembre de 1948.

Tal Declaración cumple perfectamente el cometido pretendido, y que es el de la minuciosa enumeración y de los más importantes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los hombres, pero omite toda referencia a cualquier mecanismo de control de tipología internacional. De todos modos, su valor es enorme desde el punto de vista político y moral, habiendo influido decisivamente en el tratamiento que merece en la actualidad el tema de los derechos humanos en el ámbito de las legislaciones internas.

Otra etapa decisiva en este camino, conducente al pleno reconocimiento de los derechos humanos, es la muy importante obra convencional que en esta materia ha sido realizada, dando ello lugar a una ingente tarea tuitiva de origen paccionado, de entre las que destacan las siguientes manifestaciones: Convención para la prevención y sanción del genocidio, adoptada por la Asamblea General en su resolución 260 (III), de 9 de diciembre de 1948; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968; Convención internacional sobre eliminación de todas las formas

de discriminación racial, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2160 A (XX), de 21 de diciembre de 1965; Convención para eliminación y sanción del crimen de *apartheid*, adoptada por la Asamblea General en resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973; Convención sobre el Estatuto de los refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 por una Conferencia convocada por la Asamblea General y el Consejo Económico y Social; Protocolo relativo al Estatuto sobre refugiados, abierto a la firma el 31 de enero de 1967; Convención sobre el Estatuto de los apátridas, adoptada el 13 de septiembre de 1954 en una Conferencia convocada por la Asamblea General y el Consejo Económico y Social; Convención sobre reducción de los casos de apátrida, adoptada en Conferencia convocada por la Asamblea General y el Consejo Económico y Social el 30 de agosto de 1961; Convención sobre los derechos políticos de la mujer, adoptada por resolución de la Asamblea General 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952; Convención sobre la nacionalidad de las mujeres casadas, adoptada por resolución de la Asamblea General 1040 (XI), de 29 de enero de 1957; Convención sobre el consentimiento para el matrimonio y el registro de matrimonios, adoptada por resolución 1763 (XVII), el 7 de noviembre de 1962, de la Asamblea General; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, adoptada por resolución de la Asamblea General de 1978; Convención sobre el Derecho internacional de rectificación, adoptada por resolución 630 (VII), de 16 de diciembre de 1962, de la Asamblea General; Protocolo de enmienda a la Convención sobre la esclavitud de 1926, adoptado por resolución 794 (VIII), de 23 de octubre de 1953, de la Asamblea General; Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada por una Conferencia de plenipotenciarios el 7 de septiembre de 1956; Convención para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena, adoptada por resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. Digamos, finalmente, que en su trigésimo noveno período de sesiones, la Asamblea General ha aprobado la importante Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, resolución A/39/46, de 10 de diciembre de 1984.

Un paso sumamente importante en este *itinere* conducente, lenta, pero incesantemente, al pleno reconocimiento de la subjetividad del individuo en el ámbito del DIP, fue dado el día 19 de diciembre de 1966, a consecuencia de la aprobación ese día por la Asamblea General de la ONU de dos trascendentales instrumentos convencionales destinados a la positividad de diversos derechos humanos, así como a la fijación de mecanis-

mos de control de los mismos a nivel internacional. Tales instrumentos fueron el Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos, que vinieron a culminar la esperanzada tarea iniciada con la redacción de la Carta de las Naciones Unidas.

No constituyen tales Pactos la obra definitiva coronadora de todas las aspiraciones que en la materia pueden exigirse; de todos modos, su aprobación supuso un refuerzo muy importante de las posiciones más progresivas en la materia.

Por lo demás, si bien en la labor de positivación de los derechos humanos concretos ambos instrumentos mantienen una posición simétrica, por el contrario, en cuanto a los mecanismos instaurados para la efectiva protección de los mismos, la situación propugnada por uno y otro Pacto difiere considerablemente. Así, la especial singularidad ontológica de los derechos económicos, sociales y culturales suscita una muy limitada posibilidad de protección, por lo demás inequívocamente intergubernamental, y que en esencia radica en el posible efecto disuasorio que para una hipotética conducta lesiva de los mismos por parte de los Estados signatarios (entre ellos España, que ratificó ambos Pactos el 27 de abril de 1977; *Boletín Oficial del Estado* de 30 de abril del mismo año) supone la publicidad, consistente en el cumplimiento de lo previsto en el artículo 16 del Pacto atinente a los mismos, según el cual los Estados partes se comprometen a presentar informes sobre las medidas adoptadas y los progresos realizados en orden a la satisfacción de los derechos en cuestión. Tal imperativo, por otra parte, debe ponerse en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del mismo Pacto, a cuyo tenor:

«Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, de los derechos aquí reconocidos.»

Así, pues, no existe en la regulación preconizada por el Pacto que nos ocupa una efectiva y concreta atribución de los derechos que enumera a los individuos, nacionales y extranjeros, susceptibles de ser tutelados directamente por los mismos. No se produce, en suma, el más leve reconocimiento de una capacidad jurídica internacional al individuo, titular potencial de tales derechos, con lo que el mecanismo de protección que tal Pacto instaura es inexistente desde el punto de vista jurídico-formal.

Otra cosa es el valor que tenga tal Pacto desde la vertiente de su acogimiento por los legisladores internos, aspecto sumamente destacable por lo que atañe a nuestro país, dado que por la vía del artículo 10 de la CE, que transcribimos con anterioridad, su trascendencia normativa en España es conspicuamente decisiva.

En cuanto a los derechos civiles y políticos, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto atañiente a los mismos sienta que:

«Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sometidos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.»

Vemos cómo el contenido de la obligación impuesta a los Estados signatarios se positiviza en una constelación de concretas obligaciones interrelacionadas de respeto y garantía, no sujetas a ningún tipo de condicionamiento, pudiendo exigirse su cumplimiento de un modo mucho más eficaz que en la hipótesis anterior.

La función tuitiva que vertebra el Pacto que ahora nos ocupa se articula a base de un triple instrumento tutelar. El primer sistema de protección afecta a todo Estado signatario de dicho Pacto, y consiste en el cumplimiento de la obligación que asumen los Estados parte de presentar informes sobre aquellas disposiciones y medidas que adopten y que atribuyan efectividad a los derechos atribuidos por el indicado Pacto y sobre el progreso que en esta materia acaezca. Tales informes deben ser presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, el cual los transmite al Comité para su examen. Este, tras estudiarlos y discutirlos, los remite, con los comentarios que considere oportunos, a los Estados partes, los cuales tienen el derecho de estar representados en la discusión del informe que hayan sometido y hacer observaciones a los comentarios generales. Un resumen de estas actividades se hace público en el informe del Comité al Consejo Económico y Social y a la Asamblea General.

El procedimiento indicado de sumisión de informes por parte de los Estados parte no contiene en realidad ninguna función tuitiva que pueda ser calificada como merecedora de tal calificativo. La crítica que antes efectuamos respecto al sistema erigido por el Pacto relativo a los derechos económicos, sociales y culturales es perfectamente reproducible aquí.

El segundo procedimiento de tutela que instaura el referido Pacto tampoco atribuye legitimación al individuo para efectuar la reclamación que regula, compitiendo ésta en exclusiva al otro Estado parte, siempre

que el reclamado y el reclamante hayan aceptado previamente la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos sobre el particular, ya que el procedimiento se circunscribe a aquellos Estados signatarios que hayan admitido expresamente la misma. Así, pues, la posibilidad de tales reclamaciones interestatales, demandando el reconocimiento y, en su caso, reparación de los derechos contenidos en el Pacto de derechos civiles y políticos, no surge de forma automática por el hecho de haber suscrito el mismo, siendo imprescindible tal sumisión expresa al indicado Comité.

Si la reclamación reúne todos los requisitos habilitantes de su admisibilidad, el Comité prestará sus buenos oficios entre los dos Estados con la finalidad de conseguir una solución justa; si ésta no se obtiene, el referido Comité presentará un informe de los hechos y de las exposiciones verbales y escritas de los Estados partes. Cabe entonces que actúe una comisión de conciliación, emitente de un informe no vinculante. En todo caso, el Comité debe incluir, en su informe al Consejo Económico y Social y a la Asamblea General, un resumen de estas actividades. Este sistema, que España ha aceptado por un plazo de tres años, a partir del 17 de abril del pasado año, no constituye el paradigma de lo deseable y obtenible, pero, en todo caso, supone un avance respecto al anteriormente manifestado.

Por último, estimamos conveniente, a fin de perfilar adecuadamente la exposición del tema abordado en este apartado, efectuar una concisa referencia a la protección internacional que para el extranjero en España se deriva de la reciente incorporación de nuestro país al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, evento que ha tenido lugar previa la autorización prevista en el artículo 94, 1, de la CE, por Instrumento de 17 de enero de 1985, por el que el Gobierno español se adhiere a dicho Protocolo, con lo que se alcanza el tercer grado de protección previsto en el Pacto al que estamos haciendo referencia.

El extranjero residente en España se halla legitimado para invocar la función tuitiva desplegada por dicha adhesión, en virtud de calidad de «individuo que se halle bajo la jurisdicción» de España, fórmula literal, la entrecomillada, que se contiene en el artículo 1.º del mencionado texto internacional paccionado, que completa su normación reconociendo la competencia del Comité de Derechos Humanos, establecido en la parte IV del Pacto, para «recibir y considerar comunicaciones» dimanantes de presuntas víctimas de una violación de sus derechos fundamentales (los enumerados en el Pacto) causada por alguno de los Estados vinculados por dicho Protocolo, viendo así acrecidas sus posibilidades defensivas tanto los nacionales de los Estados concernidos, como aquellos

extranjeros que por hallarse en su territorio se hallen sometidos a la soberanía de los países de acogida.

Ante una presunta violación de los derechos básicos, el individuo nacional o extranjero afectado que desee impetrar la función tuitiva prevista en dicho Protocolo podrá presentar una comunicación escrita al indicado Comité, describiendo los hechos constitutivos de la presente violación denunciada, tal como resulta del artículo 2 del aludido Protocolo, siendo imprescindible para la toma en consideración por el expresado Comité de tal denuncia el que: *a)* Esta sea anónima. *b)* Que tal impetración no constituya por sí misma un abuso del derecho. *c)* Que lo pretendido no sea incompatible con las disposiciones del Pacto. Tal resulta del artículo 3 del mismo, que debe ser complementado al efecto con lo prescrito en el artículo 5 del referido Protocolo, apartado 2, que literalmente dice que: «2. El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de: *a)* El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o de arreglo internacionales. *b)* El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente».

Es de notar, al respecto, que la reserva efectuada en el trámite de adhesión por el Gobierno español aparece conectada con lo prescrito en el apartado *a)* del precepto últimamente transcrito, indicando el Instrumento de adhesión antes referenciado que la misma acaece «interpretando (el Gobierno español) el artículo 5, párrafo 2 (que acabamos de literalizar), en el sentido de que el Comité de Derechos Humanos no considerará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido o no lo esté siendo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional».

Esta reserva interpretativa, que viene a matizar el contenido normativo del artículo 5, 2, del Protocolo que nos ocupa, resulta parangonable con la efectuada en idénticos o similares términos por los respectivos documentos de adhesión presentados por los países siguientes: Dinamarca, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega y Suecia.

La protección en sí que dispensa la preceptiva internacional que estamos considerando resulta del contenido de los artículos 4; 5, 4, y 6, del susodicho Protocolo, el primero de los cuales literalmente sienta que:

«1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 3 (referente a las condiciones de admisión de la denuncia), el Comité pondrá toda la comunicación que le sea sometida, en virtud del presente Protocolo, en conocimiento del Estado parte del que se afirme que ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto.

2. En un plazo de seis meses, ese Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto.»

Por su parte, el artículo 5, en su párrafo 4, establece que:

«4. El Comité presentará sus observaciones al Estado parte y al individuo.»

El artículo 6 impone, por su parte, que:

«El Comité incluirá el informe anual, que ha de presentar, con arreglo al artículo 45 del Pacto, un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo.»

Para llegar a esa formulación de «observaciones», a que se refiere el artículo 5, 4, que acabamos de textualizar, se impone el cumplimiento de lo preceptuado por el referido artículo en sus apartados 1 y 3, que vienen a tipificar el procedimiento —sumario— a seguir en la tramitación del expediente instruido al efecto, sentando el primero de los apartados dichos que: «1. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de acuerdo con el presente Protocolo, tomando en cuenta toda la información escrita que le haya facilitado el individuo y el Estado parte interesado». El segundo de los apartados mencionados, o sea, el 3 del artículo 5, que estamos considerando, sienta, por su parte, que: «3. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente Protocolo».

En suma, tal es, en síntesis, el esquema diseñado por el Protocolo cuyo contenido normativo nos ha ocupado en las líneas que han antecedido, que viene a incrementar, si bien de manera enjuta, el caudal tuitivo puesto a disposición del extranjero en España.

Como conclusión de este apartado sólo me resta agregar una estimación personal valorativa del referido esquema de protección, que acabamos de exponer en sus trazos más fundamentales, y que debe apoyarse no en la concreta eficacia del sistema instaurado por el Protocolo al que venimos aludiendo, sino más bien en el valor moral que su propia existencia aporta a los esquemas tuitivos de los derechos humanos.

Teniendo en cuenta que no existen dejaciones de soberanía nacional en el referido Comité (el establecido por el Protocolo que nos ocupa) por parte de los Estados miembros de la ONU que han prestado su adhesión a sus actividades, es evidente que éste carece de auténticas funciones jurisdiccionales al enjuiciar presuntas violaciones de derechos humanos

por parte de los Estados adheridos. Por ello, si fundamos nuestra crítica en parámetros y postulados axiológicos normales, la misma tendría que resultar inevitablemente negativa ante la ausencia de la imprescindible compulsividad que toda *potestas* jurisdiccional comporta y de la que carece por completo el indicado Comité, cuya labor se agota en la formulación de las «observaciones» anteriormente referenciadas. De todos modos, y huyendo de posiciones maniqueas, estimamos que el sistema perfilado por el Protocolo en cuestión merécelo a pesar de su magra eficacia práctica, porque la publicidad de tales observaciones puede constituirse en un elemento disuasor de posibles violaciones de derechos humanos por parte de los Estados concernidos, que se sentirán éticamente constreñidos a no incidir en las mismas a fin de evitar el baldón internacional que tal publicidad supone. En suma, el diseño del Protocolo, que ha ocupado nuestra atención hermenéutica en las líneas precedentes, no es óptimo, pero es, por lo menos, alentador.

11. PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL AREA EUROPEA

Prescindiendo del contenido de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 en Turín, cuyo contenido es bastante similar al del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente importante, por lo que a la temática de este trabajo se refiere, es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, obra primordial del Consejo de Europa, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 por doce países europeos, que salidos del ominoso trance de la conflagración mundial de 1939-1945, supusieron que una preeminente reafirmación enumerativa de los derechos básicos, al estilo de la contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, contribuiría a preservar la paz en el mundo, y especialmente en el área europea. De todos modos, estimando insuficiente la pura formulación programática, y coincidiendo ello con la existencia de condiciones adecuadas a nivel internacional (movimientos de integración europea en todos los órdenes), los países signatarios del Convenio de Roma, antes dicho, instauraron, en garantía de los derechos fundamentales enumerados, al propio tiempo, el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, órgano judicial de factura jurisdiccional, al que se le encomendó la tutela de los derechos y las libertades fundamentales recogidos en el propio Convenio, que, a su vez, estableció las normas procedimen-

tales encaminadas al enjuiciamiento de los casos sometidos a la jurisdicción del referido Tribunal.

Así, pues, el Convenio al que vamos aludiendo a lo largo de estas líneas, no sólo contiene la determinación concreta de los derechos públicos subjetivos de tipo básico conferidos a los súbditos de los países signatarios —y a los que en ellos residan—, sino que, al propio tiempo, erige una instancia jurisdiccional de tipo internacional cuya función reside en conocer de las posibles violaciones de los mismos por parte de los Estados miembros. Veamos, sintéticamente, ambos aspectos del Convenio: el formativo y el jurisdiccional.

A) ENUMERACIÓN DE DERECHOS ESENCIALES CONTENIDA
EN EL CONVENIO DE ROMA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1950

La misma se halla contenida en el título I del Convenio en cuestión, si bien ha sido adicionada la lista de los mismos en virtud de sendos Protocolos de fechas 20 de marzo de 1952, el primero, y de 16 de septiembre de 1963, el segundo (cuarto en el orden numeral de documentos relacionados con el Convenio de Roma).

B) ASPECTO JURISDICCIONAL DEL CONVENIO DE ROMA
DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1950

El Tribunal que erige el Convenio que nos ocupa constituye una pieza clave del mismo, por cuanto que, a partir de su establecimiento, los destinatarios de los derechos esenciales por dicho Convenio conferidos pueden acudir a una instancia supranacional en demanda de reparación por la conculcación de los mismos por parte de los Estados signatarios del susodicho Convenio. En realidad, la función tuitiva pertinente de tales facultades fundamentales corre a cargo de dos órganos distintos dentro del esquema diseñado por el Convenio de Roma: La Comisión y el Tribunal mencionado, ni superpuestos ni jerarquizados, como pone de relieve ROBERT PELLOUX, citado por JOSÉ M. BANDRÉS SÁNCHEZ CRUZAT, en su notable libro *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*, Bosch, Barcelona, 1983. La Comisión constituye una instancia de intervención forzosa y previa a la que resulte del conocimiento judicial, cuya competencia queda atribuida al Tribunal, regulándose en el propio Tratado, de forma asaz prolija, las características de tal previa intervención en los artículos 25 y siguientes, cuya exposición vamos a obviar, salvo en aquello que resulte imprescindible para la comprensión del tema principal abordado, y que en todo caso exigen el agotamiento de la vía judicial interna.

En el supuesto de que la Comisión llegue a alcanzar una solución concordada entre las partes concernidas —el denunciante y el Estado presunto violador de derechos básicos— acaecerá lo prescrito en el artículo 30 de dicho Convenio, según el cual:

«Si la Comisión llega a obtener un arreglo amistoso, conforme al artículo 28, redactará un informe que se transmitirá a los Estados interesados, al Comité de Ministros y al Secretario General del Consejo de Europa para su aplicación. Este informe se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada.»

En la hipótesis de que tan peculiar «acto de conciliación», a nivel internacional, no llegare a culminar en acuerdo, la Comisión procederá de la forma prescrita en el artículo siguiente, es decir, redactará un informe al respecto y formulará un dictamen acerca de la valoración de los hechos a ella sometidos, precisando en el mismo si tales eventos son o no constitutivos de una violación de alguno de los derechos incluidos en los artículos atinentes a la enumeración de los mismos.

La Comisión no agota sus competencias con tal informe y dictamen, sino que del propio modo, se halla constreñida a la transmisión del mismo al Consejo de Ministros, formulando las propuestas que estime oportunas relacionadas con el tema. Su labor concluye con la notificación a los Estados interesados del contenido del informe por ella elaborado y transmitido al Consejo de Ministros.

Por su parte, hay que tener presente el contenido normativo del artículo 47 del Convenio que nos ocupa cuando dice que:

«Un asunto sólo puede someterse al Tribunal después que la Comisión haya comprobado el fracaso del arreglo amistoso y dentro del plazo de tres meses previsto en el artículo 32.» Artículo que, a su vez, sienta que:

«1. Si en un período de tres meses, a partir del traslado al Comité de Ministros del informe de la Comisión (cuestión a la que hemos hecho ya referencia), el asunto no ha sido diferido al Tribunal, por aplicación del artículo 48 del presente Convenio, el Comité de Ministros decidirá, por voto mayoritario de dos tercios de los representantes con derecho a formar parte de él, si ha habido o no violación del Convenio.

2. En caso afirmativo, el Comité de Ministros fijará el plazo en el que la Alta Parte Contratante interesada deberá tomar las medidas que se deriven de la decisión del Comité de Ministros.

3. Si la Alta Parte Contratante interesada no ha adoptado medidas

satisfactorias en el plazo concedido, el Comité de Ministros, por la mayoría prevista en el párrafo 1 de este artículo, decidirá cuáles son las consecuencias que se derivan de su decisión final y publicará el informe.

4. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a considerar como obligatoria cualquier decisión que el Comité de Ministros pueda tomar en virtud de los párrafos precedentes.»

Este artículo prevé un singular régimen a seguir sólo para el supuesto de que el asunto cuestionado no haya llegado a conocimiento competencial del Tribunal, porque ninguna de las partes legitimadas haya interpuesto la correspondiente pretensión, y, en cierta medida, podríamos decir que el Comité de Ministros adopta una caracteriología propia de un Tribunal administrativo, con atisbos de jurisdicción, tal como resulta del contenido de los dos últimos apartados del precepto últimamente transcrito.

Por lo que concierne a la auténtica instancia jurisdiccional, el Tribunal creado por el Convenio, al que aludimos en este apartado, entra en funciones cuando alguna de las personas jurídicas mencionadas en el artículo 48 deduce la correspondiente acción, bien entendido que son ellas las únicas habilitadas para ello. Tal artículo sienta que:

«A condición de que la Alta Parte Contratante interesada, si no hay más que una, o las Altas Partes Contratantes interesadas, si hay más de una, estén sometidas a la jurisdicción obligatoria del Tribunal o, en su defecto, con el consentimiento o conformidad de la Alta Parte Contratante interesada, si no hay más que una, o de las Altas Partes Contratantes interesadas, si hay más de una, podrán someter un asunto al Tribunal:

- a) La Comisión.
- b) Una Alta Parte Contratante, cuando la víctima haya sido un nacional suyo.
- c) Una Alta Parte Contratante que haya iniciado el caso ante la Comisión.
- d) Una Alta Parte Contratante que haya sido demandada.»

Es evidente el criterio al mismo tiempo lato y restringido de tal precepto conferidor de las oportunas facultades para desencadenar el procedimiento previsto en el Convenio de Roma. Generoso en cuanto que no es imprescindible que el Estado demandante tenga como nacional a la persona que ha sufrido la violación. Restringido, por cuanto que la legitimación procesal está conferida exclusivamente a las personas jurídicas mencionadas en el artículo transcrito, no a las que han sido efectivamente

perjudicadas por la presunta transgresión de los derechos básicos denunciada, quedando sólo a disposición de las mismas el acceso a la Comisión, tal como previene el artículo 25 del Convenio, a cuyo tenor:

«1. La Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia. Las Altas Partes Contratantes que hayan suscrito tal declaración se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

2. Estas declaraciones podrán hacerse por un período determinado.

3. Se remitirán al Secretario General del Consejo de Europa, quien transmitirá copias a las Altas Partes Contratantes y cuidará de su publicación.

4. La Comisión no ejercerá la competencia que le atribuye el presente artículo hasta que seis Altas Partes Contratantes, al menos, se encuentren vinculadas por la declaración prevista en los párrafos precedentes.»

Completa el cuadro de legitimaciones para acudir a la Instancia que anteriormente calificamos como «administrativa», el artículo 24 del mismo Convenio, que establece que:

«Toda Parte Contratante puede denunciar a la Comisión, a través del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier incumplimiento de las disposiciones del presente Convenio que crea pueda ser imputado a la otra Parte Contratante.»

De toda la preceptiva expuesta hasta ahora pueden obtenerse las siguientes conclusiones:

1. Es bastante más amplia la legitimación para acudir a la Comisión, a los efectos que con anterioridad precisamos, que la prevenida para instar la intervención del Tribunal. Tal resulta de la comparación entre los artículos 24 y 25, que acabamos de literalizar en los párrafos precedentes, y el 48, que expusimos antes.

2. El conocimiento previo de la demanda que proceda por parte de la Comisión es un presupuesto indispensable para su admisibilidad por parte del Tribunal.

3. Para la plena efectividad del sistema tuitivo articulado por el Convenio, y que resulta de los preceptos transcritos, no es suficiente con que los Estados hayan firmado y ratificado dicho Convenio, sino que también es imprescindible un ulterior sometimiento a la jurisdicción del Tribunal y, en su caso, un especial reconocimiento de la fórmula legitimadora amplia contenida en el artículo 25, que expusimos, y que contiene la posibilidad de acceso directo a la Comisión por parte de «cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación».

4. Dado el carácter de las fórmulas atributivas de los derechos reconocidos por el Convenio (y Protocolos respectivos), que se refieren, indistintamente, a «toda persona», y teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 14 del Convenio que nos ocupa, según el cual: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de... origen nacional...», es evidente que el esquema de protección, cuyo sucinto esbozo estamos efectuando, es perfectamente aplicable no sólo a los nacionales de los países signatarios, sino también, y por ello lo hemos tratado aquí, a los extranjeros residentes en cualquiera de ellos, nacionales de otros países miembros del Consejo de Europa o no, firmantes del Convenio que estamos viendo o ajenos al mismo.

Expuestas estas conclusiones, sólo me resta agregar que el posible sometimiento de los Estados firmantes a la jurisdicción del Tribunal ha sido concebido (al igual que acaece en la hipótesis del art. 25, ya dicho) en términos de gran amplitud, ya que tal puede contraerse a un período de tiempo determinado o instrumentarse bajo condición de reciprocidad (cosa que, por el contrario, no se admite en cuanto al supuesto previsto en dicho art. 25), resultando todo ello del artículo 46 del Convenio, a cuyo tenor:

«1. Cada una de las Altas Partes Contratantes puede declarar en cualquier momento que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio.

2. Las declaraciones a que se refiere el párrafo anterior podrán hacerse pura y simplemente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o de ciertas otras Altas Partes Contratantes o por un período determinado.

3. Estas declaraciones se remitirán al Secretario General del Consejo de Europa, que transmitirá copia de ellas a las Altas Partes Contratantes.»

Sometidos, pues, los Estados signatarios del Convenio en virtud de tal declaración dimanante de soberanía, quedan sujetos al cumplimiento de las sentencias dimanantes del Tribunal, con intervención de sus órganos de ejecución, aplicándose, en su caso, lo preceptuado por el artículo 50 del Convenio, a cuyo tenor:

«Si la decisión del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se deriven del presente Convenio, y si el Derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada.»

Tal sentencia, que debe ser motivada —artículo 51—, es definitiva, según se encarga de puntualizar el artículo siguiente, y vincula a los Estados que hayan reconocido la jurisdicción del Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo 46, antes transcrito, y tal como resulta del artículo 53, que sienta, al respecto, que:

«Las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean partes.»

La ejecución de las mismas, bien en forma específica o por equivalente pago de la «satisfacción equitativa a la parte lesionada», de que habla el inciso último del artículo 50, que antes pusimos de manifiesto, la impone el Tribunal, pero requiere la colaboración de las pertinentes instancias ejecutivas dependientes de la soberanía del Estado condenado, si bien, según lo prevenido en el artículo 54 del Convenio, «la sentencia del Tribunal será trasladada al Comité de Ministros, que vigilará su ejecución».

Según se desprende de las reglas adoptadas por el referido Comité en su 254 Reunión de Delegados, en febrero de 1976, recogida por JOSÉ M. BANDRÉS SÁNCHEZ CRUZAT, en su obra dicha, página 61, el Consejo de Ministros invita al Estado interesado a su cumplimiento y vigila cada seis meses el estado de la ejecución, inscribiendo el tema en el orden del día de sus reuniones hasta que, definitivamente, constata la completa ejecución de la sentencia del Tribunal, lo que decide por medio de una resolución.

Decíamos antes que la sentencia que dicte el Tribunal es definitiva, no cabiendo por ello ningún recurso contra la misma. La rotundidad de tal aserto no se menoscaba una tilde por la circunstancia de que el

Reglamento del Tribunal, producto de la facultad normativa atribuida al mismo por el artículo 55 del Convenio, establezca lo que el autor últimamente citado, en la página 62 de su obra mencionada, califica de medios de revisión de la sentencia pronunciada, sentando al respecto que:

«En base a su poder de autorregulación, el Reglamento del Tribunal crea dos medios de revisar la sentencia, aun cuando vimos no se trata de verdaderos recursos. El primero se introduce a la Sala que conoció el caso por medio de una demanda de interpretación de la sentencia, y tiene por objeto aclarar alguna cuestión de la sentencia que a la vista de alguna parte no queda lo suficientemente explícita.»

En otro pasaje de su obra dicha, el autor reseñado se refiere a la segunda de las posibilidades enunciadas, diciendo literalmente que:

«La revisión de la sentencia tiene por objeto posibilitar al Tribunal que dictó una sentencia con un material de hecho incompleto, el que pueda revisar la misma ajustándose en su fallo a los nuevos hechos.»

En suma, concluyo con el autor dicho que:

«La impugnabilidad de la sentencia no se ve amenazada por la regulación en el Reglamento del Tribunal de dos demandas de interpretación y revisión, pues no se trata, en términos precisos, de verdaderos recursos, en cuanto suspendan alguno de los efectos de la sentencia, sino que únicamente aclaran algún punto oscuro, en la primera, y rescinden efectos ya producidos para el caso de que se produjeran o descubrieran hechos decisivos, en la segunda.»

Antes de concluir con este apartado, no quiero dejar pasar la ocasión de poner de manifiesto la importancia trascendental que para el tema «Derechos Humanos» representa la simple existencia del Tribunal que nos está ocupando interpretativamente en este capítulo, toda vez que con su establecimiento, y con él, la implantación de una auténtica instancia jurisdiccional supranacional, se superaron añejos recelos de las soberanías nacionales, sumamente reacias a ceder la más mínima parcela competencial afectante a esta materia.

La posibilidad de acudir directamente al Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, más que de trascendencia práctica, que la tiene, resulta ser el símbolo del camino a seguir en este campo y no constituye la meta, sino simplemente el inicio de un esperanzado y al propio tiempo esperanzador esfuerzo solidario y riguroso en la consecución de cotas más

altas de libertad y dignidad para todos los hombres, con abstracción completa del dato contingente de su nacionalidad.

Cierto es que la legitimación para acceder a las Instancias creadas por el Convenio de Roma, que estamos examinando, no aparece formulada en términos de gran generosidad, cuestión que contemplamos anteriormente, pero la sola posibilidad de acceder, aunque limitadamente, a tal jurisdicción comunitaria es, en sí misma, profundamente alentadora para la tarea emprendida por los defensores de los derechos humanos y por los paladines de la integración europea, que en la articulación de la normativa derivada del Convenio de referencia aunaron sus más apasionadas ilusiones.

C) ESPAÑA Y EL CONVENIO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1950

España es miembro de pleno derecho del Consejo de Europa a partir del 24 de noviembre de 1977, fecha en que depositó su Instrumento de Adhesión de 22 de noviembre del mismo año (*BOE* de 1 de marzo de 1978) al Estatuto del Consejo, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949.

Nuestro país firmó el Convenio, al que hemos estado aludiendo a lo largo de todas estas páginas, en la fecha anteriormente indicada de 24 de noviembre de 1977, suscribiendo también sus Protocolos 3 y 5, que modifican los artículos 29, 30, 34 y 22, así como el 40, del Convenio, respectivamente. Con fecha 23 de febrero de 1978, firmó España los Protocolos adicionales 1, 2 y 4, de 20 de marzo de 1952, 6 de mayo de 1963 y 16 de septiembre del mismo año. El Protocolo 2 se ratificó por Instrumento de 18 de marzo de 1982. No ha acaecido lo propio, hasta hoy, con los otros dos Protocolos, a pesar de haber sido suscritos en la misma fecha que el 2.

Por su parte, el Convenio fue ratificado, mediante el pertinente Instrumento, el día 26 de septiembre de 1979 (*BOE* de 4 de octubre de 1979), y la Declaración gubernamental, prevista en el artículo 25 del mismo, fue efectuada por el Ejecutivo español por vez primera el 11 de junio de 1981 (entrando en vigor el 1 de julio por un período de dos años). A su vez, se reprodujo la referida Declaración el 7 de junio de 1983 (*Boletín Oficial del Estado* de 15 de julio del mismo año).

El 18 de octubre de 1985 (*BOE* de 6 de diciembre) se reiteró la referida Declaración con vigencia durante un plazo de cinco años, pero con inserción de la siguiente cláusula: «La presente Declaración será reconducida tácitamente por nuevos períodos de cinco años, si la intención en sentido contrario no es notificada antes de la expiración del período en curso».

También la Declaración prevista en el artículo 46 del Convenio fue

formulada la primera vez por el Gobierno español el 15 de octubre de 1979, renovándose, a su vez, el 24 de septiembre de 1982 (*BOE* de 23 de octubre), por un nuevo período de tres años a partir de 15 de octubre de 1982, y habiéndose formulado la última Declaración del Ejecutivo español, al respecto, el 18 de octubre de 1985, por un período de cinco años (*BOE* de 5 de diciembre).

Vemos, pues, cómo la inserción de España en el ámbito cubierto tuitivamente por el referido Convenio es plena, demostrando ello el talante de respeto que el nuevo sistema político español mantiene en cuanto a la problemática de los derechos humanos, circunstancia que queda rotundamente corroborada por el hecho de que uno de los criterios interpretativos de las normas constitucionales españolas es aquel que se deriva del sentido y alcance de la preceptiva contenida en tal Convenio. Así resulta del artículo 10, 2, del texto básico español, que sobre el particular dice que:

«2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.» Teniendo en cuenta que el Tribunal que instaura el Convenio de Roma de 4 de noviembre forzosamente tiene que interpretar las normas incrustadas en el mismo, como presupuesto de su correcta aplicación, resulta evidente el preminente valor de la preceptiva de tal Convenio enfocado a la luz del artículo de nuestra Constitución que acabamos de transcribir.

Por último, y en relación con la alusión que antes hicimos al artículo 5 del referido Convenio, tenemos que poner de relieve que tal precepto, en el cual parece haberse apoyado el legislador de la LOE al redactar el artículo 26 de la misma (que contempla la llamada «detención preventiva o cautelar» del extranjero residente en España sometido a ciertas modalidades del procedimiento de expulsión), supuso en su momento un considerable avance en cuanto a los sistemas punitivos de tipo civil o criminal vigentes entonces en los Estados miembros del Consejo de Europa, pero que en la actualidad, y por lo atinente a España, tal precepto ha quedado obsoleto dado el sistema mucho más generoso que se desprende de la constitucionalización del tema de la extranjería, tal como ha quedado suficientemente puesto de manifiesto a lo largo de las páginas de este libro, a las que me remito.

12. CONVENIOS RELATIVOS AL ESTATUTO DE REFUGIADOS Y APÁTRIDAS

Los avatares políticos acaecidos en el siglo xx, así como una mayor sensibilidad política por parte de los Estados concernidos, determinó el éxito, relativo, pero concluyentemente esperanzador, en todo caso, de la ingente labor llevada a cabo por el doctor FRIDTJOF NANSEN, Alto Comisario para los refugiados rusos en el marco de la Sociedad de Naciones, que bien pronto vio desbordadas sus iniciales competencias, a consecuencia de las masivas oleadas de desplazados, víctimas de las masacres genocidas de que fueron objeto las etnias armenias y asiriocaldeas como resultado de los movimientos políticamente telúricos provocados por la desintegración del Imperio otomano.

Un estudio mínimamente riguroso de esta problemática nos exigiría un esfuerzo de exposición histórica que desbordaría nuestros propósitos. Por ello vamos a prescindir de un trazado en profundidad del tema y vamos a pasar, sin más preámbulos, a la indicación concreta de lo más notable del contenido de los tratados vigentes sobre la materia que nos ocupa, que fueron firmados el 28 de julio de 1951 y el 28 de septiembre de 1954, siendo ratificados los mismos por gran número de países, entre ellos, y por lo concerniente al primero, por todos los participantes en las Comunidades Europeas, y el segundo también, salvo la República Federal Alemana, habiendo ratificado España tales Instrumentos internacionales el 14 de agosto de 1978.

A) CONCEPTO DE REFUGIADO Y APÁTRIDA

A los efectos de precisar los destinatarios de la función tuitiva, que propugnan los referidos Convenios, estimamos imprescindible efectuar una breve exposición del concepto de los términos de «refugiado» y «apátrida» que utilizan como criterio de conexión los referidos tratados.

Según el artículo 1 del Convenio, «se reconocerá la condición de refugiado a toda persona:

- Que ya estaba considerada como tal en virtud de los Convenios e Instrumentos internacionales anteriores.
- Que como consecuencia de los sucesos acaecidos antes del 1 de enero de 1951, y temiendo con razón ser perseguido por consecuencia de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, o por sus opiniones políticas se encuentra fuera del país cuya nacionalidad ostenta y que no puede, o por el

hecho de este temor, no quiere, apelar a la protección de este país, o quien no teniendo nacionalidad y encontrándose a consecuencia de estos sucesos fuera del país en que tenía su residencia habitual no puede, o por razón de dicho temor, no quiere volver a él».

Una vez adoptado el Convenio al que estamos haciendo referencia, surgieron nuevas categorías de refugiados y a consecuencia de ello se redactó el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, que establece en su artículo 1, 2, que el término «refugiado...» hace referencia a todas aquellas personas cuya situación responde a la definición dada en el artículo 1 del Convenio, como si las expresiones «como consecuencia de los sucesos producidos antes de 1 de enero...» y ... «a continuación de tales sucesos» no figurasen en el párrafo 2.º de la sección A del artículo 1.º Así, la adquisición de la calidad de refugiado queda desvinculada de cualquier dato cronológico referente a la fecha de producción de los sucesos que constituyan la causa impulsiva de tal *status*.

Precisado el concepto de refugiado, pasamos a efectuar los mismos respecto al vocablo «apátrida», que aparece definido por el Convenio de 1954 como «aquella persona que ningún Estado considera como súbdito suyo por aplicación de su legislación». En suma, aquel que carece de todo tipo de nacionalidad, situación que se produce no sólo por obvias razones de despojos políticos de la misma, sino por puras razones técnicas, debidas a las frecuentes desarmonías con que se reproducen las correspondientes legislaciones internas sobre el particular.

B) REPERCUSIONES DE LAS CONDICIONES DE APÁTRIDA Y REFUGIADO EN CUANTO AL TEMA PRIORITARIO DE ESTE TRABAJO

En realidad, en materia de ingreso en los distintos países firmantes de los tratados antes dichos, éstos no contienen ninguna disposición especial que afecte directamente al punto concreto de la «entrada». De todos modos, el artículo 27 de ambos Convenios dichos dispone, al unísono terminológico, que: «Los Estados contratantes expedirán documentos de identidad a los refugiados (o apátridas) que se encuentren en su territorio y que no tengan un documento válido para viajar».

Es destacable la circunstancia de que tales tratados no propugnan una estancia «regular» en su territorio, y de ello puede, evidentemente, colegirse que la expedición del documento identificativo indicado procederá en todo caso. Por lo demás, los Estados contratantes se comprometen a no aplicar las sanciones penales fijadas para las irregularidades come-

tidas en materia de entrada o de estancia «a los refugiados que lleguen directamente del territorio en el que su vida o su libertad estaba amenazada en el sentido previsto en el artículo 1.º, siendo por ello irrelevante que los destinatarios de la función tuitiva que tutelan los referidos tratados entren o se encuentren en su territorio, exponiendo las razones estimadas válidas para su entrada o presencia irregular».

Tampoco la «estancia» es regulada específicamente. Así, los refugiados y apátridas deberán cumplir los trámites tendentes a la obtención de los permisos que deben ser postulados por todo extranjero. En cambio, en materia de la expulsión de los que ostenten la condición de refugiado o apátrida, los tratados prevén que sólo será admisible por razones de seguridad nacional o de orden público, debiéndose rodear el pertinente procedimiento punitivo, que pueda desembocar en tal medida de alejamiento del respectivo territorio nacional de todas las garantías procedimentales necesarias. Además, los Estados contratantes, pese a expulsar legítimamente al extranjero refugiado o apátrida, deben concederle un plazo razonable para que pueda ser admitido en otro país, sin perjuicio de aplicar durante este plazo las medidas de orden interno que juzguen oportunas (Convenio sobre refugiados, art. 32; apátridas, art. 31). Por otra parte, no se podrá expulsar al refugiado, ni hacerle retroceder a las fronteras de los territorios en los que su vida y su libertad estarían amenazadas, por los motivos señalados en el artículo 1.º del Convenio (Convenio sobre los refugiados, art. 33).

Por lo concerniente al acceso del refugiado o apátrida al mundo laboral del país donde se halle, los Convenios citados tienden a facilitar la ocupación lucrativa por cuenta propia o ajena que permita a los mismos el subvenir dignamente a sus propias necesidades. Esto sin contar con las subvenciones y ayudas que se canalizan en favor de tales refugiados y apátridas y que se nutren con fondos procedentes de instituciones estatales y privadas.

Según el artículo 18 del Convenio sobre refugiados (y el homónimo del tratado sobre apátridas, cuya dicción literal es prácticamente idéntica), «los Estados contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio el mejor tratamiento posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que, en las mismas circunstancias, se otorgue a los extranjeros en general, en orden al ejercicio de una profesión no asalariada en el campo de la agricultura, la industria, el artesanado y el comercio, así como en cuanto a la creación de sociedades mercantiles e industriales», existiendo prevenciones similares cuando se trate de la inserción de los extranjeros apátridas y refugiados en el ámbito de la relación derivada de un propio contrato de trabajo.

En realidad, de la normativa expuesta no se deduce un riguroso trato de favor de los extranjeros concernidos directamente por el régimen paccionado a nivel internacional que hemos visto. De todos modos, es indudable que «el talante funcional» en la aplicación de la normativa común en materia de extranjería reviste una muy sutil y comprensible benignidad.

13. EL EXTRANJERO Y LA LEY ORGANICA 5/1984, DE 26 DE MARZO

El insuficiente y sucinto análisis que vamos a efectuar en las líneas subsiguientes constituye un evidente desbordamiento de las líneas maestras que nos hemos trazado en nuestra labor exegetica. De todos modos, esta transgresión de nuestro propio esquema expositivo se encuentra perfectamente justificada dado el carácter que presenta la Ley que da título a este epígrafe y que constituye la acrisolada cristalización, a efectos de la normativa interna española, de los más prominentes criterios vigentes en materia del derecho de asilo que se desprenden de las pautas internacionales que acabamos de esbozar en las páginas precedentes.

Tal Ley, complementada por el Reglamento de su ejecución de 20 de febrero de 1985, contempla el supuesto de hecho determinante de su promulgación desde la tradicional óptica con que el mismo es examinado por el resto de normativas de los países integrantes de la comunidad internacional: desde la más flagrante discrecionalidad, partiendo para ello del dato de la absoluta renuencia de los Estados a ceder parcelas de su soberanía, aunque sean mínimas, en Instancias internacionales competentes en la materia, así como a conceder auténticos derechos subjetivos a los sujetos demandantes de asilo. En suma, la Ley que con el membrete de orgánica ha sido promulgada con la finalidad de dar cumplimiento a la exigencia constitucional prevista en el artículo 13, 4, del texto básico español queda anclada en la ribera del arbitrio, como lógica consecuencia de los criterios reluctantes y que predominan en el enfoque con que las soberanías nacionales abordan el problema del asilo en sus respectivos territorios.

Así, pues, voy a limitarme aquí a la exposición apresurada del contenido de la Ley Orgánica 5/1984, de 26 de marzo, del derecho de asilo y de la condición de refugiado, que, como dice su preámbulo, en su apartado III, se ocupa en su título II de regular «la condición jurídica del refugiado en España y es complementaria del Estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951) y del Protocolo sobre el mismo tema (Nueva York, 31 de enero de 1967), que hoy forman parte del ordena-

miento jurídico español como consecuencia de la adhesión de 22 de junio de 1978».

Tal Ley, que en su título I se atiene al asilo en general, por lo que a la problemática conectada con este capítulo se refiere, se sitúa en la línea de protección del individuo perseguido o con *status* de refugiado (con relaciones más o menos colaterales con el tema del «apátrida») que patrocina el Derecho Internacional Público de extranjería, representado por los Instrumentos convencionales antes dichos, y cuya repercusión en el área de las legislaciones internas es notoria. Línea de protección muy grandilocuentemente formulada, pero de notoria insuficiencia práctica, y que, por lo que atañe a nuestro país, se traduce en la constitucionalización del derecho a demandar asilo, pero en absoluto en la obligación del Estado de concederlo. En consecuencia, no son sorprendentes los contrastes entre las bellas formulaciones que contiene la Ley a la que nos referimos (en lo sucesivo L. de A.): «el territorio español constituirá un refugio inviolable...», artículo 1, con la restringida operatividad de la misma, asentada en un criterio de absoluta y ramplona discrecionalidad. Así, el propio artículo 1, antes citado, de la L. de A., en su segundo apartado, sienta que: «Corresponde al Gobierno conocer y decidir sobre las solicitudes de asilo, atendiendo a las circunstancias del solicitante y del país perseguidor». Expresivo es, al respecto, el artículo 2, cuando pregona que: «1. El asilo es la protección graciable dispensada por el Estado en el ejercicio de su soberanía...». Pautas discrecionales que resultan por doquier en el entorno normativo de dicha Ley.

Por lo tocante al tema que aparece directamente entroncado con el contenido del presente capítulo, es de citar que los extranjeros en concreto que tienen «derecho» a ingresar en el territorio nacional en virtud de una pretensión de asilo deducida o que deducen en el momento del acceso solicitado (o realizado legal o ilegalmente) son, aparte de los «refugiados», a los que se refieren los artículos 22 al 24 de la L. de A., los que aparecen enumerados en el artículo 3 de dicha Ley, cuyo contenido podríamos sintetizar diciendo que pueden demandar asilo en España los ilegítimamente perseguidos, quedando al margen de la función tuitiva desplegada por dicha L. de A. los delincuentes comunes, los genocidas y los antidemócratas. Pues bien, aquellos que resulten legitimados por el contenido de dicho artículo 3 quedarán afectados por el contenido normativo del artículo 4 de dicha L. de A. (cuyo Reglamento, aprobado, como dijimos, por el Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero, predictibiliza), según el cual:

«Presentación de la solicitud de asilo.—1. El extranjero que se encuentre en territorio español presentará su petición de asilo ante la autoridad gubernativa competente.

La entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos propios de la condición de asilado, siempre que se presente sin demora a las autoridades.

2. La petición de asilo hecha en cualquier frontera supondrá la admisión provisional del extranjero, sin perjuicio de lo que pueda acordarse definitivamente por el Gobierno.

Si el extranjero carece de la documentación exigida por las autoridades españolas, el Ministerio del Interior podrá acordar la fijación de residencia obligatoria al interesado en tanto no se resuelva su solicitud.

3. La petición de asilo presentada ante una Embajada o Consulado será cursada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.»

Deducida en forma una solicitud de asilo, si el extranjero no ha penetrado todavía en territorio español (y no se trata del extranjero afectado por lo previsto en el art. 3, 4), el acceso al mismo deberá serle permitido siendo legítima su permanencia en el territorio nacional mientras se sustancie el correspondiente procedimiento, que deberá ser parametrizado en función de los módulos de comportamiento administrativo preordenados en los artículos 6 y siguientes de la L. de A.

Particularmente trascendente es, al respecto, el hecho de que si el extranjero solicitante del derecho de asilo ha entrado ilegalmente en España (infracción administrativa de inusitada gravedad a los efectos del ejercicio de la facultad sancionadora por parte de la Administración; ver capítulo VIII), ésta no podrá ser enjuiciada mientras se halle en curso el procedimiento que se instruya tendente a conceder o, en su caso, denegar el asilo pretendido.

Derivado del dato de que la permanencia en España del extranjero, presunto asilado, es legítima mientras se sustancia el expediente iniciado con su solicitud, resulta lógico que el mismo no pueda ser sometido al expediente sancionador previsto en la LOE mientras que el referido procedimiento no quede definitivamente resuelto, si bien deberá tenerse en cuenta lo predicho por el artículo 5, 1, 2.º, de la L. de A., según el cual:

«No obstante, el Ministro del Interior, oída la Comisión a que hace referencia el artículo 6 de esta Ley, podrá decidir la no admisión provisional del solicitante o su expulsión del territorio español cuando concurran de modo notorio en el extranjero algunas de las circunstancias previstas en el número 4 del artículo 3.

La adopción de esta medida no suspenderá la tramitación del expediente.»

El artículo 6, antes mencionado, instaura, por su parte, un singular órgano administrativo en la materia al decir que:

«Comisión Interministerial.—1. Se crea en el seno del Ministerio del Interior una Comisión que examinará las solicitudes de asilo y formulará las propuestas correspondientes.

2. La Comisión estará compuesta por un representante de cada uno de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior y Trabajo y Seguridad Social.

3. Las normas de funcionamiento de la Comisión se determinarán reglamentariamente.»

Por su parte, el artículo siguiente sienta que:

«Concesión del asilo.—La concesión del asilo será competencia del Gobierno, a petición de la parte interesada.

Toda solicitud dará lugar a la incoación, a cargo del Ministerio del Interior, del oportuno expediente, al que se incorporarán, en su caso, los informes de las Asociaciones legalmente reconocidas que, entre sus objetivos, tengan el asesoramiento y ayuda al asilado.

Seguidamente el expediente se someterá a la Comisión Interministerial prevista en el artículo anterior, a efectos de que por ésta se formule la correspondiente propuesta al Ministerio del Interior.

Formulada la propuesta por la Comisión, se procederá de la siguiente forma:

a) Si la propuesta de la Comisión y el criterio del Ministro del Interior fueran concordes, éste procederá a dictar la resolución correspondiente.

b) Si la propuesta de la Comisión y el criterio del Ministro del Interior fueran discordantes, éste elevará el expediente al Consejo de Ministros para que resuelva la solicitud.»

La resolución definitiva del expediente de asilo deberá atemperarse a lo prescrito en el artículo 8, según el cual: «Requisitos de la concesión de asilo.—Para que se resuelva favorablemente la petición de asilo bastará que aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos en los números 1 a 3 del

artículo 3 de esta Ley», y en el supuesto de que fuese negativa podrá tener lugar lo prescrito en el artículo 9, que dice:

«Reexamen de la denegación.—El extranjero a quien le haya sido denegado el asilo podrá en cualquier momento, si tuviera nuevos elementos probatorios de sus afirmaciones o considerase que las circunstancias que justificaban la denegación han desaparecido, instar del Ministerio del Interior la revisión de su expediente.»

Por último, y con ello concluyo, no nos es posible olvidar el contenido del artículo 21, a cuyo tenor:

«Recursos.—1. Contra las resoluciones del Ministro del Interior cabe interponer recurso de alzada ante el Consejo de Ministros.

2. Contra las resoluciones del Consejo de Ministros podrá interponerse recurso de súplica ante el mismo.

3. Las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo, y las de Gobierno que revoquen el asilo previamente concedido, serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ajustándose, en cuanto a su interpretación y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas.»

En relación con este precepto, de aplicación omnicomprendensiva tanto al solicitante del asilo en general, como al extranjero especialmente cualificado de «refugiado», el Tribunal Supremo ha dictado Sentencia el 10 de diciembre del pasado año en la que falla en un recurso de apelación interpuesto por la Administración del Estado, concretamente el Ministerio del Interior, y en la que confirmando una Sentencia anterior de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 de octubre de 1983, sienta, entre otros casos, que: «La actividad profesional ejercida por el interesado en medios de comunicación opuestos al Gobierno, concretamente en el Partido Comunista, así como su detención en cierto momento, son elementos bastantes para admitir que pudiera abrigar fundado temor de ser perseguido, sin que el dato de haber salido de su país en vuelo regular y con pasaporte baste para desvirtuar los hechos, pues la mera posesión de estos documentos no siempre puede considerarse prueba de la lealtad del titular, ni como indicio de su falta de temor, pues es posible incluso que se haya expedido a nombre de una persona que sea indeseable en su país de origen con el único fin de asegurar su salida, de igual forma que éste puede haberse obtenido subrepticamente; es decir, la mera posesión de

un pasaporte nacional válido no es obstáculo para obtener el Estatuto de refugiado».

En suma, lo que subyace en las líneas transcritas, y que trasciende de la peripecia del extranjero que vio su pretensión confirmada por el criterio del Tribunal Supremo en contra de la rígida interpretación de la Administración, que se oponía a la concesión del referido *status* de refugiado, es que la postura jurisdiccional al respecto es bastante más templada y generosa que la de la Administración.

Con estas consideraciones, que a modo de apretada síntesis hemos efectuado, damos por concluido este trabajo, cuyo objetivo era el de aportar cierta claridad al apasionante tema —por humano y actual— del extranjero en España, visión que hemos intentado ofrecer primordialmente desde el ámbito del Derecho Internacional Público de extranjería, mentor en última instancia de la L. de A., cuya caracteriología básica acabamos de precisar.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD
Registrador de la Propiedad