

LOS DERECHOS (CIVILES) DE LOS EXTRANJEROS: EL ART. 27 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

JULIO V. GAVIDIA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

Recepción: 27/07/2012
Aceptación después de revisión: 05/09/2012
Publicación: 28/10/2012

I. INTRODUCCIÓN. II. PRECEDENTES HISTÓRICOS: 1. *Anteriores al Código civil.* 2. *El art. 27 CC en su redacción originaria.* III. EL PRECEPTO VIGENTE Y SU CONTEXTO: 1. *Antes de la Constitución de 1978.* 2. *La Constitución de 1978.* 3. *Tratados europeos.* 4. *La Ley de extranjería.* IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El art. 27 CC extiende a los extranjeros los derechos civiles de los españoles. Conforme a sus precedentes históricos, hemos de entender que esos derechos son todos, tanto privados como públicos, salvo los políticos. Dicho precepto prevé que por tratado o por ley se hagan salvedades a esa regla, bien porque no se extiendan a los extranjeros derechos civiles, bien porque se les extiendan derechos políticos. Gracias a este precepto, desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, los extranjeros gozaron de todos los derechos constitucionales que la Constitución sólo reconoce a los españoles, con las salvedades que ella misma, un tratado u otra ley establecieran. El art. 3.1 de la Ley de extranjería vigente contiene una de esas salvedades a la regla del art. 27 CC, cuando se trate de derechos constitucionales, salvo que su ejercicio esté regulado por el Código civil o por otras leyes que admitan la aplicación supletoria de este Código, pues en tales casos sí se sigue aplicando la regla del art. 27 CC.

PALABRAS CLAVES: derechos civiles; extranjeros; igualdad; Código civil; Constitución.

ABSTRACT

The article 27 CC extends the foreigners the civil rights of the Spaniards. In conformity with its historical precedents, we have to

understand that these rights are all, as much private, as public, except the political rights. The mentioned rule foresees exceptions done by treaty or by other law, so that they do not extend the foreigners certain civil rights or they extend them political rights. Thanks to this rule, from the entry into force of the Constitution of 1978, the foreigners enjoyed all the constitutional rights that the Constitution only recognizes the Spaniards, with the exceptions that the Constitution, a treaty or another law could establish. The art. 3.1 of the in force law about the rights of the foreigners contains one of these exceptions to the rule of the art. 27 CC, when the right in question is recognised by the Constitution, except when the exercise of such right is regulated by the civil Code or by other laws that admit the supplementary application of this Code, since in such cases the rule of the art. 27 CC continues being applied.

KEY WORDS: civil rights; foreigners; equality; civil Code; Constitution.

I. INTRODUCCIÓN

En hipótesis, serían varios los sistemas o criterios para abordar el tratamiento legal de los derechos de los extranjeros. Si se establece una regla general, ésta puede ser la de equiparlos a los nacionales, salvo excepciones, o la de no equiparlos, salvo excepciones. Es decir, la regla general puede ser la igualdad o la diferencia de trato y las excepciones pueden ser más o menos amplias en ambos supuestos. Establecer como regla la reciprocidad no es sino una modalidad de la solución diferenciadora, pues conduce a que los extranjeros no tendrán otros derechos que los reconocidos a los españoles por los ordenamientos de su respectivo Estado, del que cada extranjero sea nacional. Si no se establece una regla general, sino decisiones para cada derecho, el problema de técnica legislativa que esta opción suscita es qué debe entenderse ante el silencio de la ley; acudir a la analogía para tales casos, cuando haya laguna, puede generar un grado mayor de inseguridad jurídica, ya que la solución equiparadora o diferenciadora dependerá del resultado de dos apreciaciones no siempre evidentes, como son la existencia o no de laguna y, si la hay, de identidad de razón entre lo regulado y lo que no lo está. Caben también sistemas mixtos, que compaginan el establecimiento de una regla general, equiparadora o diferenciadora, con pronunciamientos concretos, coincidentes o diferentes con la regla general establecida, equiparadores o diferenciadores para ciertos derechos.

No requiere un gran esfuerzo comprender que la regla contenida en el art. 27 CC se adscribe al sistema de equiparación, como regla gene-

ral, de los derechos de los extranjeros a los de los españoles. Aun así, resulta enormemente revelador el análisis de sus precedentes, puesto que esta regla es el resultado de una evolución trabajosa, cuya comprensión nos ayudará a precisar el sentido de expresiones como «derechos civiles» e incluso, por claras que parezcan, «extranjeros» y «españoles».

Una vez aclarado el sentido del precepto contenido en el art. 27 CC, el análisis de esta regla se completa con el de su contexto en el Derecho vigente, concretamente el que resulta de los preceptos contenidos en los arts. 13 y 14 CE y sus concordantes en el bloque de constitucionalidad, debiendo dedicar atención especial a los tratados europeos, concluyendo con la incidencia que en él ha tenido la Ley de extranjería.

Sepa el lector que en un par de obras anteriores me he ocupado de la distinción español/extranjero y de los derechos fundamentales de los extranjeros en España¹. En esta ocasión me ocupo de ambos temas, ahora analizando la (enorme) relevancia que en ambos tiene la regla contenida en el art. 27 CC. No exagero si avanzo que esta regla ha venido siendo preterida o minusvalorada al tratar la situación jurídico-constitucional de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español. Una regla ésta que, además de preconstitucional, era liberal, (aparentemente) sólo referida a cuestiones de legalidad ordinaria, como las civiles, no ha merecido un estudio en profundidad de su potencial aplicativo por parte de los que habitualmente se dedican a esas cuestiones. Igual le faltaba pedigrí democrático. Bien, pues pondré de manifiesto que esta regla, además de integrar el bloque de constitucionalidad —esto ya puede provocar espanto o hilaridad—, es expresión de nuestra mejor tradición liberal, nuestro mejor liberalismo; no es, precisamente, una reliquia del pasado. Otra cosa es que no se la comprenda o que no guste su contenido..., pero eso es otra cosa.

¹ «Españoles/extranjeros», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2006-1, págs. 61-116, y «Derechos fundamentales de los extranjeros en el Derecho español», en *Immigración, familia y Derecho*, coord. Julio V. Gavidia Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 23-83.

II. PRECEDENTES HISTÓRICOS

1. *Anteriores al Código civil*²

En la Constitución de Cádiz, de sus arts. 1 y 4 resultaba que «la Nación» debía proteger «la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos» de los españoles, no de todos. Frente al rey sí estaban garantizadas la propiedad de todos los individuos y corporaciones y la libertad frente a la detención o prisión (art. 172.10.^a y 11.^a). Sin embargo, el derecho al juez natural (art. 247), el derecho al arbitraje convencional (art. 280), ciertas garantías penales —detención y penas corporales (art. 287)—, la inviolabilidad del domicilio (art. 306), la obligación de contribuir fiscalmente de modo proporcional (art. 338), la libertad de prensa (art. 371), a modo de ejemplo, eran reconocidos sólo a los españoles. No había, pues, salvo en relación a la propiedad, una regla de equiparación de los extranjeros a los españoles. Quedó reservado a los ciudadanos el acceso a empleos (municipales) y el derecho a elegir para ellos (art. 23); los españoles de origen extranjero quedaban excluidos de los cargos de secretarios de Despacho (art. 223) y tampoco podían integrar el Consejo de Estado (art. 231); los nacidos en el extranjero no podían ser nombrados jueces ni magistrados (art. 251).

En el proyecto de Código civil de 1821, la igualdad ante la ley para ejercitar derechos y cumplir obligaciones sería reconocida, en principio, sólo a los españoles. La dicción literal del precepto (art. 51)³ no hablaba de igualdad de derechos, sino de igualdad para hacer valer los derechos y cumplir las obligaciones, por lo que no aseguraría que esos derechos y esas obligaciones fueran los mismos. Lo cierto es que los extranjeros no tenían garantizada, ni siquiera, la misma protección que los españoles para exigir sus derechos o para cumplir sus obligaciones, además de que tales derechos y obligaciones no fueran los mismos. No pensemos sólo en diferencias legales por razón de la nacionalidad, sino, antes aun, por razón de la mayor o menor capacidad de

² Analizo la legislación liberal tanto a través de sus textos constitucionales como legales, sobre todo los propios de la codificación civil.

BORRAJO INIESTA (págs. 703-707, especialmente 706 y 707) da cuenta de la evolución histórica desde la época liberal.

IRIARTE ÁNGEL (págs. 30-34) habla de confusión en la legislación del Antiguo Régimen, a través de la Novísima Recopilación, si bien el tratamiento en general de los extranjeros parece más favorable que el dispensado en otros Estados.

³ «Todos los españoles son iguales ante la ley para reclamar derechos y cumplir obligaciones, sin diferencia de nacimiento, de calidad o de fortuna. Esta igualdad constituye el derecho que se llama igualdad legal» (art. 51).

obrar (edad, tutela), del sexo, del nacimiento, del matrimonio, etc. Esa regla sería consecuente con la proclamación, conforme a la Constitución de 1812, de que «la libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal componen los principales derechos legítimos de los españoles» (art. 34.1), tenidos por derechos civiles⁴. Repárese, sin embargo, en que en materia de contratos, propiedad territorial y, en general, protección de las personas y de las propiedades de los extranjeros la regla sería la equiparación a los españoles (arts. 53, 26 y 29)⁵, lo cual proporcionaría el precedente primero en esta época de la regla general de extensión a los extranjeros de los derechos civiles de los españoles, formulada en el art. 27 CC actualmente vigente.

El Código de comercio de 1829, en coherencia con esos planteamientos, reservó a los españoles, sin excluir a los de origen extranjero, el libre ejercicio del comercio (art. 18)⁶. Los extranjeros podrían ejercerlo a condición de reciprocidad (art. 19)⁷.

En el proyecto de Código civil de 1836, frente a lo previsto en la Constitución de 1812 y en el proyecto de Código civil de 1821, serían

⁴ Son éstos «derechos que emanan de la ley fundamental para el bienestar individual de cuantos componen el Estado mismo, y que podrían llamarse civiles» (exposición de motivos del proyecto).

⁵ «Para el goce de los derechos y para el cumplimiento de las obligaciones que concede o impone la ley, basta la calidad de español o la de extranjero en los casos de los artículos 26, 27 y 29» (art. 53).

«Las leyes que regulan los contratos y la adquisición, conservación, aprovechamiento y transmisión de la propiedad territorial obligan a los extranjeros» (art. 26).

«Las leyes dispensan a las personas y a la propiedad de los extranjeros, en tiempo de paz o de guerra, la misma protección que a las personas y la propiedad de los españoles, con tal que dichos extranjeros respeten la Constitución política de la Monarquía y las demás leyes que gobiernan a los súbditos de ella.

Esta protección, en cuanto a las personas, se entiende sin perjuicio de los tratados existentes con otras Potencias.

En ellos no se consideran comprendidas las opiniones políticas» (art. 29).

La protección igual que se dispensara a las propiedades de los extranjeros no quedaría, por lo que parece, supeditada a lo que se estableciera en tratados. Seguramente, se trataba de previsiones. Se preveían más excepciones a la igualdad en derechos no patrimoniales.

⁶ «Los extranjeros que hayan obtenido naturalización o vecindad en España [...] podrán ejercer libremente el comercio con los mismos derechos y obligaciones que los naturales del reino» (art. 18).

⁷ «Los extranjeros que no hayan obtenido la naturalización ni el domicilio legal, podrán ejercer el comercio en territorio español bajo las reglas convenidas en los tratados vigentes con sus gobiernos respectivos, y en el caso de no estar éstas determinadas, se les concederán las mismas facultades y franquicias de que gocen los españoles comerciantes en los Estados de los que ellos proceden» (art. 19).

reconocidos a españoles y a extranjeros los derechos tenidos por civiles: la libertad individual, la libertad política, la seguridad y la igualdad legal⁸. Aunque se trataba de un elenco de derechos y libertades (art. 19)⁹, su generalidad y su carácter básico o fundamental habrían hecho de esta norma una regla de equiparación de los extranjeros a los españoles en los derechos civiles básicos o fundamentales, en principio, sin excepciones¹⁰. La igualdad legal, siendo uno de esos derechos civiles (art. 19.8.º), no implicaba una regla general de equiparación en derechos de los extranjeros a los españoles, sino que, como en el proyecto de Código civil de 1821, se trataba de una cláusula de igualdad en la reclamación de derechos y en el cumplimiento de obligaciones, que podían ser diferentes por razón de la nacionalidad, salvo esos derechos civiles básicos, reconocidos a todos, sin distinción, tampoco por razón de la nacionalidad. En relación a los otros derechos, sí se contenían reglas generales acerca de si gozaban o no de ellos los extranjeros. Se formulaban tres reglas, para tres categorías: los extranjeros residentes en España, pero sólo transeúntes, a los que se aplicaría

⁸ «[S]e trata de los derechos generales correspondientes a toda clase de personas: la libertad individual, la seguridad real y personal y la igualdad legal. Estos derechos, según aquí se consideran, son más bien civiles que políticos. La libertad individual como derecho civil es la facultad que tiene cada uno de disponer de sí y de sus cosas según le convenga, a menos que lo prohíba alguna ley o pacto. La libertad política es objeto de la ley fundamental, y consiste en que el Estado se halle de manera que no pueda abusarse del poder supremo para oprimir a los ciudadanos. La seguridad puede considerarse también como un derecho civil concedido a todos por la ley protectora, que afianza el derecho de propiedad y los demás así reales como personales. A todos concede también la ley, sin diferencia de condición ni de fortuna, la facultad de reclamar sus derechos, y esta igualdad es puramente civil [...]» (exposición de motivos del proyecto).

⁹ «Corresponden a las personas en general los derechos siguientes:

- 1.º El de conservar la existencia física y moral.
- 2.º El de no ser detenida [...] sino en los casos y por los medios que la ley determina.
- 3.º El de hacer todo lo que no está prohibido por la ley o por las disposiciones que emanan de ella.
- 4.º El de manifestar las opiniones y pensamientos [...].
- 5.º El de aprovecharse y disponer libremente cada uno del producto de su trabajo personal, de los bienes que legítimamente le pertenezcan, y de los servicios que tenga derecho a exigir de las personas o de las cosas ajenas.
- 6.º El de no ser compelido al cumplimiento de las obligaciones, sino por la autoridad pública y por los medios que hubiere señalado anteriormente la ley.
- 7.º El de reclamar de la autoridad pública la protección de los derechos concedidos por la ley contra cualquiera que intente vulnerarlos.
- 8.º El de igualdad legal para la reclamación de sus derechos, y el cumplimiento de sus obligaciones sin diferencia de condición ni de fortuna» (art. 19).

¹⁰ «[E]stos derechos [...] deben servir de base a las demás disposiciones del Código civil, y [...] pertenecen a toda clase de personas sin distinción alguna» (exposición de motivos del proyecto).

el principio de reciprocidad (art. 29)¹¹; los extranjeros residentes domiciliados en España, a los que se conferiría igual protección que a los españoles en el pueblo de su residencia (art. 31)¹², debiendo entender, supongo, que fuera de ese lugar operaría la regla de reciprocidad, como transeúntes, que lo serían fuera de allí; y los extranjeros ya naturalizados como españoles, es decir, los españoles de origen extranjero, que tendrían los mismos derechos —además de los civiles básicos— que los españoles de origen, salvo los derechos políticos, las dignidades eclesiásticas y los cargos públicos (art. 37)¹³, que, en consecuencia, quedarían reservados, en principio, a los españoles de origen. En definitiva, los derechos civiles serían reconocidos a todos, mientras que los extranjeros quedarían, en lo demás, como regla general, sujetos a lo que resultara de la regla de reciprocidad, mientras que los derechos políticos y los cargos públicos quedarían reservados a los españoles de origen.

En las Constituciones de 1837 y 1845 los derechos que se proclamaban (arts. 2-11) eran reconocidos sólo a los españoles, salvo la prohibición de la pena de confiscación de bienes, establecida de modo absoluto (art. 10 pr.), pero no la garantía expropiatoria, reconocida a los españoles (art. 10 *in fine*). No había en ellas regla general alguna de equiparación en derechos de los extranjeros a los españoles, sino, al contrario, normas concretas diferenciadoras. En ambas quedaba reservado a los españoles —a todos ellos— el acceso a empleos y cargos públicos (art. 5). Sin embargo, en la Constitución de 1845 se contenía una remisión a la ley para determinar qué derechos correspondían a los españoles de origen extranjero (art. 1.3)¹⁴. ¿Significaba esto que, con-

¹¹ «El extranjero que se hallare en tránsito en España, disfrutará de la protección y derechos que están reconocidos a los españoles de igual clase por los usos o tratados existentes con la nación a que el mismo extranjero pertenezca» (art. 29). La reciprocidad, pues, afectaría tanto a los derechos como a su protección.

¹² «El extranjero domiciliado gozará en el pueblo de su residencia igual protección que los españoles domiciliados y estará sujeto al pago de las contribuciones que se impusieren a éstos [...]» (art. 31). La dicción literal del precepto sólo comprendía la equiparación en la protección, no en los derechos distintos a los civiles básicos.

¹³ «Los extranjeros naturalizados estarán sujetos a las leyes de España del propio modo que los españoles; gozarán de los derechos concedidos a éstos por las leyes y podrán avecindarse en cualquier pueblo de la Monarquía; sin embargo, no ejercerán los derechos políticos, ni podrán obtener dignidades eclesiásticas, ni cargos públicos, a menos que el Rey con la aprobación de las Cortes tenga a bien dispensarles estas gracias o alguna de ellas» (art. 37).

¹⁴ «Una ley determinará los derechos que deberán gozar los extranjeros que obtengan carta de naturaleza o hayan ganado vecindad» (art. 1.3).

Parece, pues, que, en defecto de esa ley, tales españoles (art. 1.1.3.º y 4.º) no tenían garantizado constitucionalmente el goce de derecho alguno; ¿tampoco el de los recono-

forme a esta Constitución de 1845, en tanto no existiese esa ley los españoles de origen extranjero serían tratados como extranjeros o como los españoles de origen por lo que respecta bien a los derechos civiles, bien a los demás derechos? Dos cosas a este respecto supongo que debían estar claras: que los españoles de origen extranjero no podían ser peor tratados que los extranjeros, por un lado, y, por otro, que los extranjeros, en tanto no hubiesen ganado la nacionalidad española, no estaban equiparados a los españoles en derechos civiles ni políticos, puesto que, incluso, algunos españoles —los de origen extranjero— tendrían un estatuto especial.

En el proyecto de Código civil de 1851 se establecía la regla de reciprocidad, salvo que otra cosa resultase de la ley o de los tratados (art. 26)¹⁵. Por lo tanto, en realidad, la regla general era el no reconocimiento de derechos a los extranjeros y la excepción su reconocimiento en casos de reciprocidad, salvo que un tratado o una ley estableciese otra cosa: bien el no reconocimiento de derechos a extranjeros cuyo Estado sí los reconocía a los españoles, bien el reconocimiento de derechos a extranjeros cuyo Estado no los reconocía a los españoles. En este proyecto, a diferencia de los anteriores, no se contiene un concepto ni un elenco de tales derechos civiles, aunque bien podemos entender que eran todos menos los políticos. Es cuestión dudosa si por extranjeros en el art. 26 de este proyecto debían entenderse comprendidos los españoles de origen extranjero que por carta de naturaleza o por vecindad hubieran adquirido la nacionalidad española: en caso afirmativo, los españoles de origen extranjero quedaban, como regla general, equiparados a los españoles de origen sólo en los derechos civiles y a condición de reciprocidad, salvo lo que pudiera establecerse en tratados o en leyes especiales; en caso negativo, ¿debían ser tratados los españoles de origen extranjero como los españoles de origen,

cidos en los arts. 2-11 a todos los españoles? Y es que esa llamada a la ley no era para que estableciera excepciones a una (inexistente) proclamación de igualdad de los españoles, con independencia de su nacionalidad de origen, sino para que estableciera de qué derechos gozaban algunos españoles, los de origen extranjero.

En DE CASTRO Y BRAVO (págs. 412-417 y 417-422) puede verse una exposición resumida de la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza y por vecindad (clases, evolución y diferentes grados de eficacia).

¹⁵ «Los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que gocen en su país los españoles, salvo lo dispuesto o lo que se dispusiere por los tratados y leyes especiales» (art. 26).

GARCÍA GOYENA (pág. 18) reconoce el origen francés de este precepto (art. 11 del Código civil francés), si bien, a diferencia del francés, el precepto español no exigía que los derechos reconocidos a los españoles en otros Estados estuvieran contenidos en tratados firmados con España, para que fueran reconocidos en España a los extranjeros.

con todos sus derechos, civiles y políticos, o peor que los extranjeros, sin derechos civiles, ni aun en caso de reciprocidad, salvo los que les reconociesen los tratados o las leyes? García Goyena consideraba que esta cuestión era propia del Derecho público y constitucional¹⁶. La solución pasaba por determinar si la regla contenida en el art. 26 de este proyecto era la ley especial a la que se remitía el art. 1.3 de la Constitución de 1845, para determinar los derechos de los que gozaban los españoles de origen extranjero: si lo era, estos españoles sólo gozarían, como regla general, de los derechos civiles que el Estado del que habían sido nacionales antes de adquirir la nacionalidad española reconociera a los españoles, salvo que otra cosa se estableciera en tratados o en leyes especiales; si no lo era, estos españoles sólo tendrían los derechos que les reconociesen los tratados o las leyes, sin que pudieran hacer valer ni siquiera, en defecto de tales leyes o tratados, los derechos civiles de que gozasen los extranjeros en caso de reciprocidad. Como parece absurdo que hubiera españoles —los de origen extranjero— que pudieran ser, como regla general, peor tratados que los extranjeros, considero que, como mínimo, tendrían esos españoles la misma protección que los extranjeros —la del art. 26 de este proyecto de Código civil, es decir, los derechos civiles de los (demás) españoles en caso de reciprocidad, salvo tratado o ley especial—. Así, la cuestión dudosa quedaría limitada a si, además de los derechos de que gozasen los extranjeros, gozaban también de todos los derechos de los españoles (de origen), tanto de los civiles sin condición de reciprocidad como de los políticos. Ésa era la cuestión que, al parecer, no se entendió resuelta en el art. 26 de este proyecto de Código civil, sino pendiente de una ley especial¹⁷.

¹⁶ «En suma, es todavía cuestionable en Derecho Constitucional, y ageno por lo tanto de un Código civil, si el Rey puede conceder carta de naturaleza; si absoluta para el ejercicio de los derechos políticos y civiles, ó limitada á los segundos.

La Comision habia aprobado esta facultad, aunque solamente para el goce de los derechos civiles, á semejanza del artículo 13 Frances; pero despues lo retiró por no prejulgar nada en esta delicada cuestion, que es toda de Derecho público y constitucional» (GARCÍA GOYENA, pág. 13).

¹⁷ Sin embargo, la duda podía ser resuelta, sin dificultad grave, aplicando la regla contenida en el art. 14 de este proyecto de Código civil: «Las leyes no reconocen en el orden civil distinciones de nacimiento, ni diferencias de condiciones sociales». La solución debía pasar, pues, por no hacer distinciones «en el orden civil» entre españoles por razón de su origen nacional, español o extranjero, que no dejaba de ser una distinción por razón de nacimiento. La consecuencia habría sido que todos los españoles, con independencia de que lo fueran de origen o no, habrían tenido los mismos derechos civiles. Con otras palabras: la regla contenida en el art. 26 de este proyecto era inaplicable a los españoles, tampoco a los de origen extranjero, como no fuera para dejar claro, *a fortiori*, que ningún español podía tener menos derechos que los extranjeros.

El Real Decreto de extranjería de 17.11.1852 no enunció una regla general de equiparación de los extranjeros a los españoles ni otra de diferenciación salvo reciprocidad. Lo que hizo fue reconocerles derechos civiles singulares pero de gran amplitud, con un resultado práctico similar a la equiparación: adquirir y poseer bienes inmuebles (art. 18), ejercer industrias y participar en empresas no reservadas a españoles (art. 18) y, si estaban domiciliados en España, ejercer el comercio en las mismas condiciones que los españoles (art. 19)¹⁸. Se reservaba a los españoles los derechos políticos, los beneficios eclesiásticos y el acceso a los cargos públicos (arts. 26 y 27). Se conservó el fuero privilegiado de extranjería (arts. 30 y 31) y se advirtió que los derechos de los españoles de origen extranjero serían fijados en una disposición especial (art. 44). En cuanto a esto último, mantengo que lo que se dejaba indeterminado era si estos españoles tenían más derechos que los extranjeros, presuponiendo que, como mínimo, tendrían los mismos; en definitiva, lo que no se determinó fue si estos españoles de origen extranjero gozaban de los derechos políticos y beneficios eclesiásticos ni si podían acceder a los cargos públicos, dejando la decisión a una disposición especial, igual que en el proyecto de Código civil de 1851.

La Constitución (*nonnata*) de 1856 mantuvo en relación a los extranjeros los criterios de la de 1837. A diferencia de la de 1845, no contenía remisión alguna a una ley especial para determinar los derechos de los que gozarían los españoles de origen extranjero, por lo que, al menos en principio, gozaban de los mismos derechos que los demás españoles.

La Constitución de 1869, cuyo título primero aparecía rubricado «De los españoles y sus derechos»¹⁹, carecía de una cláusula de igualdad, pero muchos de esos derechos eran reconocidos a todos y no sólo a los españoles, a diferencia de los textos constitucionales anteriores. Sólo a título de ejemplo, la garantía expropiatoria fue reconocida a todos (art. 14) y todos los extranjeros tuvieron reconocido el derecho de establecerse libremente en España, de ejercer su industria y de dedicarse a cualquier profesión para la que no se exigiese un título de aptitud expedido por autoridad española (art. 25). Sin embargo, continuó reservado a los españoles el acceso a los empleos y cargos públicos o

¹⁸ Los extranjeros transeúntes podían ejercer el comercio al por mayor en las mismas condiciones que los españoles (art. 29).

¹⁹ En las Constituciones anteriores también se dedicaba el título primero a los españoles o a la nación española y los españoles.

que llevasen aneja autoridad o jurisdicción; ahora bien, el acceso a empleos y cargos públicos, aunque reconocido a todos los españoles, por lo tanto también a los de origen extranjero, sólo los naturalizados —por lo tanto, no los que hubieran ganado la nacionalidad española por vecindad en territorio español— podían ejercer cargos, públicos o no, que implicasen autoridad o jurisdicción (art. 27). En consecuencia, los españoles de origen extranjero quedaron equiparados a los demás españoles en derechos civiles y políticos, salvo en el acceso a cargos que implicasen autoridad o jurisdicción, de los que quedaron excluidos los que hubieran conseguido la nacionalidad española por una vía distinta a la de la naturalización; los españoles por naturalización quedaron completamente equiparados a los españoles de origen.

Será en el proyecto de libro I del Código civil de 1869 donde se contenga el precedente más claro de la regla contenida en el art. 27 CC: «Los extranjeros que viajan o residen en España tienen los mismos derechos y obligaciones civiles que los españoles en cuanto a los actos que han de producir sus efectos en el Reino, excepto los casos en que la ley expresamente determine lo contrario, o que exista tratado o convención especial que regule en otra forma sus derechos» (art. 30). Además, se proporcionaba el concepto de derechos y obligaciones civiles: los que resultan de «las relaciones recíprocas de los ciudadanos entre sí, como meros particulares, o entre los ciudadanos y el Estado en cuestiones de propiedad o derechos puramente individuales» (art. 18.2). Como podemos apreciar, se entendía por derechos civiles los resultantes no sólo de relaciones de Derecho privado, sino también los derechos individuales frente al Estado, por lo que considero que se estaba manteniendo sustancialmente el concepto de derechos civiles que hemos visto en precedentes anteriores —libertad individual, libertad política (resistencia a la opresión), seguridad e igualdad legal—, si bien excluía los derechos colectivos frente al Estado. Esta regla presuponía la igualdad entre todos los españoles, con independencia de su origen nacional, en sus derechos civiles y establecía la regla general de equiparación de los extranjeros a los españoles en derechos civiles. Quedaría así superada la regla de reciprocidad en los derechos civiles de los extranjeros. Todo esto era coherente con la formulación, también novedosa, de la igualdad ante la ley, referida a todos y no sólo a las vías de realización de derechos (arts. 13 y 14)²⁰,

²⁰ «Las leyes no reconocen en el orden civil distinciones de nacimiento, ni diferencia de condiciones sociales» (art. 13). En éste no hay novedad respecto al proyecto de Código civil de 1851.

a diferencia de precedentes anteriores (los proyectos de Código civil de 1821 y 1837).

El proyecto de Constitución republicana federal de 1873 mantuvo en su título segundo —«De los españoles y sus derechos»— los criterios e incluso la literalidad de las reglas de la Constitución de 1869 sobre reconocimiento de derechos a los españoles o a todos. Lo singular a este respecto del texto constitucional republicano proyectado fue la inclusión de un título preliminar en el que se proclamaba que los derechos naturales estaban asegurados a toda persona, por ser anteriores y superiores a toda legislación positiva, y se contenía un elenco de tales derechos: vida, seguridad y dignidad; libertad de pensamiento y de expresión, también por medio de la enseñanza; reunión y asociación; libertad de trabajo, industria, comercio interior y crédito; propiedad (sin vinculación ni amortización); igualdad ante la ley; el jurado y la corrección y purificación mediante la pena. Repárese en que el proyecto de Código civil de 1837 también formuló una serie de derechos civiles básicos —libertad individual, libertad política, seguridad e igualdad legal— reconocidos a españoles y extranjeros. Ahora, por cierto, como en el proyecto de libro primero del Código civil de 1869, el reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley tampoco aparecía circunscrito a la igualdad en el ejercicio o en la reclamación de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones. En el texto de 1873 esa igualdad ante la ley también podía comprender la igualdad en el reconocimiento de derechos, sin perjuicio de que en el título segundo se reconocieran derechos no siempre a todos, sino en ocasiones sólo a los españoles.

En la Constitución de 1876 no se contenía un elenco de derechos de todos ni una cláusula general de igualdad ante la ley, sino reconocimientos singulares de derechos, unas veces a todos y otras sólo a los españoles, en su título primero («De los españoles y sus derechos»). Los extranjeros tenían reconocidas, por ejemplo, la garantía expropiatoria (art. 10) y la libertad de establecimiento, industria y profesión, pero quedaban excluidos del acceso a empleos y cargos públicos (arts. 2.1 y 15), en los mismos términos que en la Constitución de 1869. Y también se mantuvo en los mismos términos la exclusión de los españoles de origen extranjero no naturalizados del acceso a cargos que implicasen autoridad o jurisdicción (art. 2.2). En definitiva, amplia equiparación de

«La ley civil es igual para todos, y no hace distinción de personas ni de sexo, salvo los casos de declaración especial» (art. 14). Es en este precepto donde se contenía la novedad.

extranjeros a españoles en derechos civiles, pero sin cláusula general, sino mediante reconocimiento de derechos singulares, por un lado, e igualdad de los españoles con independencia de su origen, salvo la exclusión de los de origen extranjero no naturalizados para los cargos que llevasen aneja autoridad o jurisdicción.

En el anteproyecto de Código civil de 1882 se contenía ya la misma regla que la del art. 27 CC en su redacción originaria. Vale para ese texto todo lo que después diré para aquel art. 27 CC, pues su contexto —la Constitución de 1876— era el mismo.

En el Código de comercio de 1885 ya se plasmó una regla legal general de equiparación de derechos (civiles) de los extranjeros a los españoles, relativa al ejercicio del comercio, sin perjuicio de lo que establecieran los tratados (art. 15)²¹. Se abandona, pues, la regla general de reciprocidad y la distinción entre extranjeros domiciliados y transeúntes, propias del Código de comercio anterior y del Real Decreto de extranjería de 1852. No se hace ni se hacía remisión alguna al art. 2 de la Constitución de 1876, entonces vigente, en el que, igual que en la Constitución de 1869, se reconocía a los extranjeros la libertad de establecimiento e industria, a la vez que se les negaba, como a los españoles de origen extranjero no naturalizados, el ejercicio de cargos que llevasen aneja autoridad o jurisdicción. ¿Podían todos éstos actuar como árbitros en cuestiones mercantiles?

2. *El art. 27 CC en su redacción originaria*

Llegamos así a la promulgación del Código civil, cuyo art. 27, en su redacción originaria, mantuvo el texto del art. 25 del anteproyecto de 1882: «Los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el art. 2.º de la Constitución del Estado o en tratados internacionales». Es el precedente inmediato de la regla contenida en el art. 27 CC vigente. Son varios los problemas que planteaba su interpretación.

Para empezar, con el término «extranjeros», al no especificar de qué extranjeros se trataba, hemos de entender que, a diferencia de al-

²¹ «Los extranjeros y las Compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción [...] a las disposiciones de este Código, en todo cuanto se refiera a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación.

Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias» (art. 15 CCOM).

guno de sus precedentes que sí contenía precisiones al respecto, se refería a cualquier extranjero, con independencia de que estuviera o no domiciliado en España; es más, en mi opinión, comprendía también a los extranjeros no residentes en España, por ejemplo para participar en sociedades con todos sus derechos, al menos como regla de principio. Y por extranjeros podía estar refiriéndose no sólo a los que no fueran españoles, sino también a algunos españoles. La remisión que se hacía al art. 2 de la Constitución de 1876, mientras ésta estuvo vigente, considero que obligaba a considerar incluidos en esa expresión también a los españoles de origen extranjero no naturalizados, ya que en su segundo párrafo aquel precepto constitucional se refería también a ellos como «[extranjeros] no naturalizados», para excluirlos junto a los (demás) extranjeros del ejercicio de cargos que llevasen aneja autoridad o jurisdicción. Con esto quiero advertir que esta regla debía ser interpretada en el sentido de que los españoles de origen extranjero también podían invocar la regla contenida en el art. 27 CC, de modo que sus derechos no fueran menos que los de los extranjeros. Repárese en que entonces no había una cláusula general de igualdad sin discriminación en la Constitución y que en el Código civil no había otra que ésta misma.

La expresión «gozan» presupone la titularidad, pero incluye las condiciones de ejercicio de lo que se goza. De este modo, la extensión de derechos que se establecía en esta regla debemos entender que implicaba también la de las condiciones de ejercicio de los derechos, pero con una salvedad como es la relativa a la capacidad de obrar. La posibilidad de gobernar por sí mismo los propios intereses debe superar el umbral que establezca la ley nacional de cada uno. Los extranjeros gozaban de los derechos de los españoles, pero la capacidad para ejercerlos seguiría siendo la que resultase exigible aplicando las reglas de Derecho internacional privado; concretamente, la que exigiese su ley nacional, aunque residiesen en España (arg. art. 9 CC redacción originaria). Las demás condiciones requeridas para el ejercicio de los derechos eran objeto de extensión, como la titularidad.

Con la expresión «derechos que las leyes civiles conceden» no se refería sólo a derechos previstos en el Código civil y en otras leyes (especiales) que integran el Derecho civil ni a todos esos derechos. Si atendemos a lo que en los precedentes se entendía por derechos civiles de los españoles (Constitución de 1812 y proyecto de Código civil de 1821) o de todas las personas (proyecto de Código civil de 1837), frente a derechos políticos, la cuestión queda bastante clara: la libertad individual, la libertad política (resistencia frente a la opresión), la se-

guridad y la igualdad legal. Si todos éstos eran derechos civiles, los otros derechos —los políticos, según aquellos precedentes— serían sólo los relativos a la organización política de la comunidad; claramente, el derecho de sufragio activo y pasivo y el gobierno o la dirección de los asuntos públicos²².

En este sentido, la STS de 1.2.1912 —magistrado ponente D. Luciano Obaya Pedregal— se pronunció, en términos inequívocos, en un caso en el que la cuestión litigiosa consistía en si las demandantes extranjeras gozaban o no del beneficio de justicia gratuita: «la situación jurídica de los extranjeros fuera de su patria, requiere, mientras residan accidental o habitualmente, en el país donde no son naturales que se les permita, a manera de protección, el ejercicio de los derechos que las leyes civiles conceden a los ciudadanos propios, pero con separación, por supuesto, de los políticos, para que de ese modo quede incólume como resultante del hecho de la asociación nacional, la independencia de la soberanía en el respectivo territorio» (primer considerando).

En consecuencia, derechos reconocidos por las leyes civiles en la regla general del art. 27 CC en su redacción originaria, conforme a sus precedentes, eran o podían ser cualesquiera derechos, salvo los políticos, lo cual podía comprender, con esas excepciones, cualquier relación de Derecho privado, civil o mercantil, y de Derecho público (garantías penales, administrativas, procesales). Ahí estaban todos los derechos de la personalidad —inherentes a la condición de persona, por lo que no eran «concedidos» por las leyes, sino reconocidos— y, salvo aquellas excepciones, podían estar perfectamente los que hoy conocemos como los (demás) derechos fundamentales —incluido, sin duda, el derecho de asociación para cualesquiera fines lícitos, de interés particular o general— y las libertades públicas, así como las vías de reacción frente a su vulneración (aspectos adjetivos).

Si esto es así, nada impedía ni impide presumir —es más, es lo coherente con lo anterior— que todo derecho es civil y, en consecuencia, que de él también gozan los extranjeros, en tanto no se demuestre lo contrario, lo cual, a estos efectos, implica demostrar que es un derecho político, propio de la organización política de la comunidad. Esa presunción estaría justificada por el carácter supletorio de las normas

²² «El adjetivo *civiles* está empleado en el artículo como equivalente á privados y en oposición á públicos, porque fija en él una regla general para la esfera jurídica privada del ciudadano y del extranjero. Éste no goza de los derechos de carácter público, porque son privativos de los nacionales, en cuanto afectan á la organización política de cada país, y él no reúne esta cualidad; de los demás, no existiendo esta causa, no cabe restricción» (MUCIUS SCAEVOLA, pág. 436).

contenidas en el Código civil (art. 16 CC redacción originaria)²³, que hace de cualquier otra ley una norma especial respecto a aquél, así como por la supletoriedad de las reglas del Código civil sobre obligaciones y contratos respecto a las obligaciones que surgen de la ley (art. 1090 CC).

Un par de precisiones, al menos, he de hacer a estas consideraciones generales. La primera es que leyes civiles, ahora sí referidas sólo a las que integraban el Derecho civil, comprendían tanto las propias del Derecho civil común como las de cada uno de los Derechos civiles forales o especiales propios de algunos territorios²⁴; así fue interpretado en la STS de 13.2.1920 —magistrado ponente el conde de Lereña—, sosteniendo la validez de un testamento otorgado en Barcelona en una forma prevista por el Derecho catalán por una señora mejicana, por considerar que el art. 27 CC hacía aplicable a los extranjeros la regla de Derecho interregional prevista en el art. 14, por remisión al art. 11.1 CC para los españoles²⁵; la forma de los testamentos otorgados por españoles en España se rige por la ley de Derecho civil común o foral del lugar donde son otorgados. Y la segunda consiste en que los que hoy conocemos como derechos sociales, aunque ajenos a la tradición del primer liberalismo, tampoco estaban, en principio, excluidos de esos «derechos que las leyes civiles conceden», puesto que no son derechos políticos, como participar en elecciones políticas y gobernar o dirigir los asuntos públicos, y en cuanto implican protección (social) de las personas son, en principio, ajenos a la condición de miembro de una comunidad política o, si se prefiere, a la organización política de una comunidad, por lo que, en mi opinión, estaban incluidos en esa regla general entre esos derechos civiles²⁶.

Con la expresión «españoles», siendo coherente con lo afirmado antes para la expresión «extranjeros», podía estar refiriéndose no a to-

²³ «En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código» (art. 16).

²⁴ MANRESA Y NAVARRO (pág. 161) se refería, además, a los extranjeros residentes en los territorios españoles de ultramar, para advertir que no podían gozar de los derechos de los españoles de la península.

²⁵ «Las formas y solemnidades de los [...] testamentos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen» (art. 11.1 CC redacción originaria).

«[L]o establecido en [el artículo] 11, respecto a [...] los actos [...] de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable a [...] actos [...] de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil» (art. 14 CC redacción originaria).

²⁶ Hemos visto cómo en el proyecto de Código civil de 1821, tan nacionalista en el reconocimiento de derechos civiles, se extendía a los extranjeros la protección de las personas (y propiedades) de los españoles (art. 29).

dos los españoles, con independencia de su origen, sino a todos menos a los de origen extranjero no naturalizados, si tenemos en cuenta la remisión que se hacía en aquel art. 27 CC al art. 2 de la Constitución entonces vigente. En tal caso, los derechos de los que los extranjeros, como regla general, gozaban, por estar concedidos a los españoles, no eran sólo los reconocidos a todos los españoles, sin distinción por razón de su origen, sino también los reconocidos sólo a los españoles de origen. Sin embargo, esta afirmación no es correcta puesto que conduce a entender que, como regla general, sólo los extranjeros y no los españoles de origen extranjero no naturalizados gozaban de los mismos derechos que los españoles de origen. Formulada correctamente, los extranjeros y los españoles de origen extranjero no naturalizados gozaban, como regla general, de los derechos que las leyes civiles concedían a todos los españoles con independencia de su origen.

De esto no se seguía que los españoles a los que las leyes civiles concedían derechos tuvieran que ser todos los españoles para que los extranjeros gozasen de ellos, sino que bastaba con que esos derechos fueran reconocidos a los españoles sin hacer distinciones por razón de su origen, español o extranjero. En consecuencia, esas leyes civiles podían ser las aplicables, directa o supletoriamente, en todo el territorio nacional (Derecho civil común), así como las aplicables en determinados territorios (Derechos civiles forales o especiales). Que los extranjeros, por no ser españoles, no tuvieran vecindad civil, ni común ni foral, no tenía por qué impedirles gozar de los derechos que las leyes civiles españolas concediesen a todos o a una parte de los españoles, en función de su vecindad. Si era un impedimento, debía operar tanto para el Derecho civil común como para los forales o especiales, con lo cual se llegaría al absurdo de que los extranjeros no podían gozar de los derechos que las normas españolas de Derecho civil reconociesen a todos o a una parte de los españoles, mientras que sí gozaban del resto de los derechos no políticos que las leyes reconociesen a los españoles.

Así entendida la regla general contenida en el art. 27 CC en su redacción originaria, de ella resultaban otras reglas generales y presunciones en clave de igualdad por razón de la nacionalidad y del origen nacional: los extranjeros gozaban de los mismos derechos civiles que los españoles; los derechos son civiles, mientras no se demuestre que son políticos; los españoles de origen extranjero, aun los no naturalizados, gozaban de los mismos derechos que los demás españoles y, por lo tanto, no gozaban de menos derechos que los extranjeros.

La primera de las salvedades, que aquel mismo art. 27 CC hacía a su regla de equiparación, era la que resultaba de lo establecido en el

art. 2 de la Constitución de 1876. Lo primero que quiero advertir es que, si se trataba de una salvedad, era porque ese precepto constitucional afectaba a derechos que las leyes civiles concedían a los españoles, comprendidos en la regla general. Las salvedades restan, no suman ni aclaran.

Pues bien, en el art. 2.1 de aquella Constitución, como ya indiqué, se reconocía a los extranjeros la libertad de establecimiento e industria, así como el derecho a dedicarse a cualquier «profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas». El reconocimiento de esa libertad no sólo no era salvedad alguna, sino que estaba en perfecta coherencia con la regla de equiparación contenida en el art. 27 CC y, antes, aun con la contenida en el art. 15 CCOM. La salvedad que se contenía en el art. 2.1 de la Constitución sólo podía ser la relativa al ejercicio de profesiones para las que la ley exigiere un título de aptitud expedido por una autoridad española. Y parece que consistía en advertir que los extranjeros no podían ejercer tales profesiones en tanto no obtuviesen un título de aptitud expedido por una autoridad española. Lo que resulta un tanto chocante es que ésta fuera una salvedad puesto que, en definitiva, la equiparación a los españoles no quedaba desmentida, sino confirmada, ya que, así entendida, todos, españoles y extranjeros, debían contar con un título de aptitud expedido por una autoridad española para poder dedicarse a esas profesiones.

En el art. 2.2 de la Constitución de 1876 sí se contenía una salvedad clara a la regla de equiparación de los extranjeros a los españoles. Es más, era también una excepción a los derechos que llevaba consigo la adquisición de la nacionalidad española. Y es que se establecía: «[l]os [extranjeros] que no estuviesen naturalizados, no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga autoridad o jurisdicción». El sentido de este precepto no era permitir a algunos extranjeros el acceso a tales cargos, puesto que los naturalizados eran españoles, conforme al art. 1.3.º de la misma Constitución. Su sentido era prohibir a los extranjeros y a los españoles de origen extranjero no naturalizados — los que adquirieron la nacionalidad española por haber ganado vecindad en cualquier pueblo de España, conforme al art. 1.4.º de esa Constitución — el desempeño de cargos que llevasen aneja autoridad o jurisdicción²⁷. El derecho a acceder y desempeñar cargos y empleos públicos

²⁷ MANRESA Y NAVARRO (pág. 162) advertía que esta salvedad no impedía a los extranjeros desempeñar cargos que llevasen aneja autoridad o jurisdicción emanante de otro Estado.

era tenido, en consecuencia, por uno de los derechos que las leyes civiles concedían a los españoles, a los que se refería el art. 27 CC, de los que, sin embargo, no gozarían los extranjeros por impedirlo el art. 2.2 de la Constitución. Es decir, era un derecho civil que, por cierto, la Constitución reconocía a los españoles en su art. 15.

Al poner en relación esos tres preceptos se generaba alguna dificultad en su interpretación, que afectaba al contenido de la salvedad que se hacía a la regla de equiparación de derechos, contenida en el art. 27 CC, entre otras cosas, porque en él sólo se mencionaba el art. 2 y no el art. 15 de la Constitución. Si los extranjeros y los españoles de origen extranjero no naturalizados no podían desempeñar cargos que llevasen aneja autoridad o jurisdicción, ¿podían acceder a los demás cargos y empleos públicos, como los españoles? Si todos los españoles tenían derecho a acceder a empleos y cargos públicos, salvo los que llevasen aneja autoridad o jurisdicción, pues a éstos no podían acceder los españoles de origen extranjero no naturalizados ni los extranjeros, ¿podían ser árbitros los extranjeros y los españoles de origen extranjero no naturalizados? Los árbitros no son cargos públicos, por lo que estaban fuera del art. 15 de la Constitución, pero sí llevan aneja jurisdicción, por lo que igual lo que se pretendía en el art. 27 CC, al hacer la salvedad del art. 2 y no del art. 15 de la Constitución, era advertir que los extranjeros no podían ser árbitros, ni jueces ni magistrados. Si así hubiera sido, ese art. 2.2 prohibía a extranjeros y a españoles de origen extranjero no naturalizados el desempeño de cargos, públicos o privados, que llevasen aneja autoridad o jurisdicción, con lo cual no podrían ser jueces, ni magistrados, ni árbitros. Ésta podía haber sido la voluntad del autor de la Constitución de 1876. Técnicamente, podía ser, además, la interpretación más correcta. Sin embargo, políticamente era peligrosa, puesto que no excluía el art. 27 CC que los extranjeros pudieran, por no impedirlo el art. 2 de la Constitución, hacer valer el derecho de los españoles a acceder a cargos y empleos públicos, que no llevasen aneja autoridad ni jurisdicción.

En cambio, si se considera que la prohibición contenida en el art. 2.2 de la Constitución operaba dentro del ámbito de la regla contenida en su art. 15, en ambos preceptos se trataba del derecho al acceso a cargos públicos, no privados como el de árbitro. Entonces, lo que se hacía en el primero de ellos era advertir que había cargos públicos que no sólo estaban vedados a los extranjeros, sino también a los españoles de origen extranjero no naturalizados, cuando esos cargos públicos llevasen aneja autoridad o jurisdicción. En tal caso, la salvedad contenida en el art. 27 CC, por su remisión al art. 2 de la Consti-

tución, implicaba que los extranjeros no podían acceder a cargos ni empleos públicos, reservados a los españoles, menos aun a los que llevasen aneja autoridad o jurisdicción, que no podían ser ejercidos por algunos españoles. Por lo tanto, los extranjeros podían ser árbitros, pero no jueces, ni magistrados, ni acceder a otros cargos o empleos públicos, reservados y no sólo reconocidos en el art. 15 de la Constitución a los españoles. Y si podían ser árbitros, tratándose de un cargo que lleva aneja jurisdicción, con mayor motivo, tutores, albaceas, contadores-partidores, administradores de herencias, etc.

En las SSTs de 10.12.1906 —magistrado ponente D. Antonio Alonso Casaña— y 29.01.1912 —magistrado ponente D. Manuel Pérez Vellido— se entendió que los extranjeros no tenían legalmente vedado actuar como árbitros. En la segunda de ellas se alegó que en el art. 827 LEC no se exigía que los árbitros fueran españoles, sino mayores de edad, varones, estar en pleno goce de sus derechos civiles y saber leer y escribir.

La otra salvedad prevista en el art. 27 CC, para la regla de extensión a los extranjeros de los derechos que las leyes civiles concedan a los españoles, eran los tratados internacionales. Está claro que mediante ellos podía mejorarse la situación de los extranjeros o de algunos de ellos, bien extendiéndoles más derechos de los españoles, es decir, los políticos, bien concediéndoles más derechos que a los españoles. Tampoco podían descartarse tratados, que concediesen un trato especial a los españoles de origen en otros Estados. La inexistencia de una cláusula constitucional de igualdad sin discriminación dejaba abiertas estas y otras posibilidades.

No se hacía salvedad alguna sobre lo que pudieran establecer leyes especiales, pero tampoco hacía falta, puesto que, siendo una ley (general) el Código civil, cualquier otra ley podía establecer reglas especiales.

Con la derogación de la Constitución de 1876 quedó simplificado el precepto contenido en el art. 27 CC. La salvedad que se hacía en él por remisión al art. 2 de esa Constitución desapareció, pero no por ello los extranjeros vieron extendido el derecho a acceder a cargos y empleos públicos, pues ello dependía de que no estuvieran reservados a los españoles por otra ley o por la Constitución. Pero, al desaparecer la diferencia de trato que se establecía en aquel precepto entre españoles, al prohibir a los de origen extranjero no naturalizados que accedieran a cargos públicos que llevasen aneja autoridad o jurisdicción, el art. 27 CC, al referirse a los extranjeros, podía entenderse que sólo se refería a los no españoles. Ciertamente, este precepto siempre ha podido ser-

vir de argumento, para sostener que, *a fortiori*, los españoles de origen extranjero tenían los mismos derechos que los españoles de origen, salvo que otra cosa se estableciese en leyes o tratados.

La Constitución de 1931 en nada modificó el precepto contenido en el art. 27 CC. Reconoció la igualdad de todos los españoles ante la ley (art. 2), lo cual en nada protegía a los extranjeros. La cláusula antidiscriminatoria, contenida en su art. 25, estaba incluida entre los derechos y deberes de los españoles, con una expresa mención de «la naturaleza», para decir que no podía ser fuente de privilegio jurídico alguno. A continuación se reconocían derechos a todos o sólo a los españoles. Entre los que se reconocían sólo a éstos, el de acceder a los cargos y empleos públicos (art. 40). Aquel nuevo contexto pudo entrañar alguna consecuencia sobre el precepto contenido en el art. 27 CC.

Por un lado, podía plantearse, como con la Constitución anterior, si los extranjeros podían hacer valer ese precepto, para gozar de los derechos que la Constitución reconocía no a todos sino a los españoles, entre los que ahora, a diferencia de las Constituciones anteriores, se encontraba el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de ciertas discriminaciones. ¿Era la Constitución una de las leyes civiles a las que se refería el art. 27 CC? Si lo era, ¿de qué derechos de los reconocidos a los españoles gozaban los extranjeros, por no estar reservados a los españoles? ¿Cómo saber qué derechos de los reconocidos a los españoles, además, les estaban reservados, sin que ninguna ley pudiera extenderlos a los extranjeros? Atendiendo a los precedentes del art. 27 CC, eran sólo los derechos políticos los que quedaban fuera de la regla de equiparación que establecía, pero de todos los demás gozaban los extranjeros salvo que otra cosa se estableciera en tratados, en otras leyes o en la propia Constitución. En fin, no pocas incertidumbres.

Por otro lado, la igualdad de los españoles ante la ley y la prohibición de ciertas discriminaciones, garantizadas constitucionalmente (arts. 2 y 25), así como el reconocimiento constitucional (supralegal) de derechos a todos, limitaban el margen del legislador y del Estado, a la hora de establecer salvedades a la regla contenida en el art. 27 CC. Por ejemplo, para conceder privilegios a extranjeros frente a los españoles o respecto a otros extranjeros, o incluso, para negar a extranjeros derechos reconocidos constitucionalmente a todos.

La derogación de la Constitución de 1931 «resolvió» tales dudas. En suma, posteriormente, el precepto contenido en el art. 27 CC, mientras subsistió con la redacción originaria, fue la única cláusula general de extensión a los extranjeros de derechos no políticos de los españoles, con las salvedades que pudieran establecerse por tratados o por

otras leyes. Esas salvedades podían ser cualesquiera, en el sentido de ampliar o de reducir esa extensión de derechos de los españoles o, incluso, de privilegiar a los extranjeros o a algunos de ellos frente a otros extranjeros o frente a los españoles. Ningún límite constitucional operativo existía ya.

III. EL PRECEPTO VIGENTE Y SU CONTEXTO

1. *Antes de la Constitución de 1978*

La redacción actual del art. 27 CC es la que le proporcionó la Ley de 15.7.1954, por la que se reformó el título primero del libro primero del Código civil, denominado «De los españoles y extranjeros».

Las modificaciones operadas en el tenor literal del precepto fueron tres. La primera y principal afectaba a la identificación de los derechos de los españoles, que, como regla, se extendían a los extranjeros, sustituyendo la equívoca expresión «derechos que las leyes civiles conceden a los españoles», por la de «derechos civiles». Las otras dos afectaban a las eventuales salvedades que podían existir respecto a esa regla, pues, por un lado, se suprimía la remisión a la Constitución de 1876 y, por otro, se mencionaban las leyes especiales, como primera fuente de tales eventuales salvedades, junto a los tratados.

Según su exposición de motivos, la nueva redacción del precepto no se debió al propósito de alterar la decisión política que subyacía al precepto modificado, cuya redacción era mantenida en lo sustancial²⁸. En consecuencia, debo considerar subsistentes las conclusiones a las que llegué en el análisis del precepto en su redacción originaria, así como sus fundamentos. Además, el contexto del precepto en nada sustancial había cambiado, ni cambiaría hasta después de la muerte del dictador. Reviso a continuación tales conclusiones, cuya explicación y fundamentación detalladas se encuentran en el epígrafe dedicado al análisis del art. 27 CC en su redacción originaria.

²⁸ «La Ley mantiene sustancialmente la primitiva redacción del artículo 2[7] del Código civil, [...] y así, proclama que [los extranjeros] gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, porque aun cuando tan generosa declaración no suele encontrarse ni aun en los ordenamientos jurídicos que se precien de atender con mayor solicitud al extranjero, no había razón tampoco para abandonar una directriz que tan elocuentemente muestra cuál es la actitud de España respecto del concierto universal. Al mantenerla no sólo se respeta lo que ya se había hecho, sino que se renueva una vez más la fe en su alto significado» (exposición de motivos).

Por «extranjeros» debe entenderse sólo los no españoles, desde la derogación de la Constitución de 1876, ya sin referencias indirectas a los españoles de origen extranjero no naturalizados. Además son cualesquiera extranjeros, con independencia de su nacionalidad actual o de origen, los beneficiarios de la regla contenida en el art. 27 CC. Y puede tratarse tanto de extranjeros residentes en España, de modo habitual u ocasional, como, en mi opinión, de extranjeros no residentes, que no se encuentran en España²⁹, si tienen que ver con el ordenamiento jurídico español.

Los derechos objeto de la regla quedan ahora designados como los civiles, por lo tanto, ya claramente con independencia de que estuvieran reconocidos en leyes propias del Derecho civil, como en las de otras ramas u otras fuentes formales del ordenamiento jurídico. Derechos civiles, conforme a los precedentes históricos legales y constitucionales de la norma eran, por heterogéneos que fueran³⁰, todos los que, siendo sustantivos o procesales³¹ —vías de realización de los derechos, garantías procesales, etc.—, no fueran derechos políticos, entendidos éstos como los relativos a la organización del poder político. Léase otra vez lo afirmado a este respecto en la STS de 1.2.1912. Así entendida esa expresión, quedaban comprendidos los derechos sociales, es decir, los relativos a la protección social de las personas, dada la fuerza expansiva que lleva aparejada la expresión «derechos civiles»³². Aunque los derechos sociales fueran extraños a la tradición li-

²⁹ Así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pág. 579).

Yo lo he sostenido al interpretar la regla contenida en el art. 13.1 CE, criticando la exclusión de extranjeros no residentes de derechos como el de asociación, tanto en «Españoles/extranjeros» (págs. 62, 92 y 115), como en «Derechos fundamentales de los extranjeros...» (págs. 24, 25, 60, 61 y 81).

Sobre el derecho de los extranjeros no residentes en España al beneficio de justicia gratuita pueden consultarse AMORES CONRADI (págs. 1203-1207) y CALDUCH GARGALLO (págs. 68, 69, 72, 74-76 y 79).

³⁰ Las normas para determinar la competencia territorial (STS de 1.7.1897), el desempeño del cargo de árbitro (SSTS de 10.12.1906 y 29.01.1912), el beneficio de justicia gratuita (STS de 1.12.1912), la forma de los testamentos (STS de 13.2.1920), la prórroga forzosa en los arrendamientos (STS de 27.11.1950), los delitos monetarios (RDGRN de 7.6.1972), la resolución de los contratos por incumplimiento (STS de 14.11.1997), por ejemplo.

³¹ También, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pág. 583).

³² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pág. 581) considera que esos derechos civiles tienen las mismas fronteras que las del Derecho civil.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (pág. 219) considera que derechos civiles son los propios del Derecho civil, no los políticos, ni los administrativos, ni los laborales, ni los mercantiles, como tampoco los de la persona (derechos y libertades fundamentales).

Como he demostrado, los precedentes del art. 27 CC ponen de manifiesto que los derechos civiles son todos los que no son políticos, sin excluir, por supuesto, los derechos de la personalidad ni otros derechos fundamentales.

beral decimonónica, en la que se gestó la regla contenida en el art. 27 CC, la supletoriedad misma de las normas del Código civil (arts. 4.3 actual y 1090) así permiten entenderlo, aunque se trate de derechos enunciados en otras leyes, ya que es lo que resulta de los principios de libertad (autonomía de la voluntad) e igualdad, que informan las relaciones civiles o, si se prefiere, de Derecho privado, incluso en la época, en la que se reformó el Código civil, dando nueva redacción a su art. 27.

Esos derechos podían estar reconocidos o resultar de cualquier fuente del Derecho, interna o internacional, escrita o consuetudinaria, y aunque su ámbito de aplicación estuviese limitado a una parte del territorio español. No dejaban de ser civiles los derechos (no políticos) resultantes de los Derechos forales o especiales entonces, por cierto, en proceso de codificación (Compilaciones) y, tras la Constitución de 1978 y los Estatutos de Autonomía, convertidos en Derechos civiles propios de algunas Comunidades Autónomas.

La desaparición del adjetivo «concedidos» con el que la redacción originaria de este precepto calificaba los derechos cuyo goce se extendía a los extranjeros, aclara, por si hiciera falta, que la regla y las salvedades en él contenidas comprenden cualesquiera derechos no políticos de los españoles, sin distinción alguna entre los que pudieran considerarse inherentes a la persona, que no serían concedidos, sino reconocidos, y los demás, que serían los concedidos. Nada habría cambiado con la nueva redacción, puesto que, si con la antigua, los derechos no inherentes a la persona eran los que se extendían a los extranjeros, nada costaba entender que los inherentes a las personas se presuponían reconocidos a todos, sin necesidad de que su goce fuera extendido por la ley a los extranjeros. Con todo, se mejoró claramente la literalidad del precepto.

Que tales derechos, de los que gozaban también los extranjeros, pudieran ser ejercitados por ellos mismos dependía y depende, naturalmente, de que tengan la capacidad requerida por sus leyes nacionales (art. 9.1 actual CC). Y es que nada de lo establecido en el art. 27 CC hace excepción a las normas de Derecho internacional e interregional privado, sino que, es más, las presupone. El goce de un derecho presupone su titularidad y las condiciones de ejercicio. Tales condiciones, con la salvedad referida, relativa a la capacidad de autogobierno, eran las mismas que las impuestas a los españoles.

Por la expresión «españoles» se debía entender cualesquiera españoles, con independencia de que lo fueran o no de origen. Este precepto en modo alguno impide que se establezcan diferencias de trato en-

tre españoles por razón de su origen. Ahora bien, en tal caso, de los derechos de los españoles de origen no gozarían los extranjeros, al menos no con base en la regla general del art. 27 CC. De lo que resulta que, en principio, los españoles de origen extranjero no gozan de menos derechos que los extranjeros, como consecuencia de la aplicación de la regla general contenida en este precepto. De esto no puede derivarse que sólo se extiendan a los extranjeros los derechos que tienen todos los españoles, sino que el precepto ordena, como regla, la extensión a los extranjeros de derechos que tienen los españoles con independencia de que lo sean o no de origen. No hay, pues, obstáculo alguno en la regla general del art. 27 CC a que, por aplicación de este precepto, los extranjeros gocen de derechos reconocidos no a todos los españoles, sino sólo a los que tienen una determinada vecindad civil, a los que residan en una parte del territorio español, a los que reúnan cualquier otra condición, distinta a la del origen nacional.

Con base en la regla contenida en el art. 27 CC hemos de entender, pues, que los extranjeros —en principio, cualesquiera— gozan de los derechos de los españoles —en principio, de cualesquiera, salvo que se trate de derechos exclusivos de los españoles de origen—. Se debe presumir, además, que todo derecho es civil, es decir, susceptible de goce por los extranjeros, en tanto no se demuestre que se trata de un derecho político.

Presumir el carácter civil y no político de un derecho es tanto como presumir la igualdad ante la ley. Seguramente, esta presunción, implícita en el art. 27 CC, que no garantizaba que todos los españoles fueran iguales ante la ley, al menos, permitía suponer o presumir que ningún español tenía menos derechos que los extranjeros, que los extranjeros tenían los mismos derechos (civiles) que los españoles y que unos extranjeros tenían los mismos derechos que otros extranjeros. Algo era, en ausencia de una cláusula general de igualdad ante la ley sin discriminación con valor supralegal hasta bien iniciada la transición política.

Las salvedades previstas en la redacción vigente del precepto a la regla de extensión a los extranjeros de los derechos (civiles) de los españoles parecían prescindibles, por obvias. Ninguna duda podía plantear ni, en consecuencia, resolver que se previeran excepciones en tratados internacionales o en leyes especiales, puesto que el art. 27 CC tenía, como todo el Código civil, fuerza de ley y, por lo tanto, era perfectamente derogable por otra ley o por un tratado. Cualquier ley o tratado podía establecer algo diferente a la extensión a los extranjeros de los derechos (civiles) de los españoles: mejorar la situación de los ex-

tranjeros o de algunos extranjeros, bien extendiéndoles también derechos políticos de los españoles, bien concediéndoles derechos (privilegios) de los que no gozasen los españoles; empeorar la situación de los extranjeros o de algunos de ellos, bien reservando derechos civiles a los españoles, bien condicionando su goce por extranjeros a requisitos más estrictos que para los españoles, bien condicionando su goce por los extranjeros a que los españoles gozasen de esos mismos derechos, en virtud o no de un tratado con España, en el ordenamiento del Estado del que los extranjeros fueran ciudadanos (reciprocidad más o menos estricta). Cuando entró en vigor el art. 27 CC en su redacción actual y durante un par de (largas) décadas después todas esas salvedades eran posibles, por no existir limitación (constitucional) alguna al poder legislativo del Estado. No estando garantizada de modo efectivo la igualdad sin discriminación entre españoles, cómo iba a estarlo la igualdad sin discriminación de los extranjeros, ni entre sí ni respecto a los españoles. Y en cuanto a si tales excepciones podían establecerse en reglamentos³³, claramente sí, si se trataba de reglamentos que desarrollasen salvedades previstas en una ley; me parece que también era suficiente con que una ley, especial por la materia que regulase, autorizase establecer salvedades mediante reglamento, puesto que tampoco había una reserva de ley impuesta constitucionalmente.

El contexto del art. 27 CC se modificó sustancialmente ya iniciada la transición política. Con la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la reforma política, fueron reconocidos los derechos humanos, de modo vinculante para todos los poderes públicos³⁴. En la Declaración universal de derechos humanos de Naciones Unidas de 1946 no sólo se reconocen singularmente derechos de todo tipo, sino que se contiene una cláusula antidiscriminatoria, referida a esos derechos, entre cuyos criterios de distinción prohibidos se encuentra el origen nacional, de modo explícito, debiendo entender que la nacionalidad queda incluida en el general de cualquier otra condición (art. 2.1)³⁵. La regla de extensión de derechos contenida en el art. 27 CC era plenamente conforme a esa cláusula, mientras que las salvedades que pudieran hacerse podían violarla.

³³ Por la afirmativa, M. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, T. II, 6.ª ed., pág. 143.

³⁴ «Los derechos fundamentales de la persona son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado» (art. 1.1).

³⁵ «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición» (art. 2.1).

La entrada en vigor en España en junio de 1977 del Pacto internacional de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos de 1966 (PIDCyP) incidió claramente en una parte del contenido del art. 27 CC, la relativa a las salvedades que preveía a la regla de extensión a los extranjeros de los derechos civiles de los españoles. En este Pacto no sólo se reconocen derechos concretos, sino que también contiene cláusulas generales sobre igualdad sin discriminación. Desde su entrada en vigor en España los españoles y los extranjeros gozaban, sin más, es decir, sin necesidad de la norma contenida en el art. 27 CC, de los derechos reconocidos en él. Así como la generalidad de esos derechos están reconocidos a todas las personas, cuando se trata de los derechos políticos y del acceso a cargos públicos, los reconoce a los ciudadanos, no a todas las personas (art. 25)³⁶. Por lo tanto, como los derechos políticos (y el acceso a cargos públicos) podían ser reservados a los españoles, ningún problema planteaba que el art. 27 CC no los incluyera en su regla general de extensión a los extranjeros. En cuanto a los demás derechos, que esa regla general extendía a los extranjeros, por el solo hecho de estar reconocidos a los españoles y en las mismas condiciones de ejercicio, salvo la capacidad de obrar (art. 9.1 CC), el legislador español ya no disponía de entera discrecionalidad, para establecer salvedades, que supusieran diferencias de trato discriminatorias entre españoles y extranjeros, ni entre los primeros ni entre los segundos. La discriminación quedaba prohibida, no sólo en relación a los derechos singularmente reconocidos en el Pacto (art. 2.1)³⁷, sino con carácter general (art. 26)³⁸.

³⁶ «Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país» (art. 25).

³⁷ «Cada uno de los Estados Parte del presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos 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» (art. 2.1).

³⁸ «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación

Ese reconocimiento del derecho a la igualdad sin discriminación implicó e implica que las diferencias de trato que se establezcan han de estar justificadas, aplicando un test de razonabilidad, más o menos estricto, no siendo suficiente con que superen el test de mera racionalidad. Me explico. Con el test de mera racionalidad sólo se controla que la diferencia de trato no es arbitraria, lo cual es una exigencia misma de la dignidad de la persona. Para superarlo basta con que la diferencia de trato esté racionalmente dirigida a conseguir una finalidad legítima. El reconocimiento del derecho a la igualdad sin discriminación implica que, además, la diferencia de trato no sea excesivamente gravosa (razonabilidad menos estricta) o que se ajuste a lo estrictamente necesario (razonabilidad estricta o proporcionalidad) para conseguir esa finalidad legítima³⁹. Pues bien, cuando la diferencia de trato se basa en alguno de los criterios explícitamente mencionados como sospechosamente discriminatorios, el test a aplicar es el más estricto.

En los arts. 2.1 y 26 PIDCyP, por lo que respecta a este análisis, se menciona un criterio y otro no. El origen nacional está explícitamente incluido en la lista de criterios sospechosamente discriminatorios, por lo que las diferencias de trato entre españoles de origen y no de origen deberían superar el test más estricto, para que no fueran discriminatorias. En cambio la nacionalidad no está incluida en esa lista, por lo que las leyes que establezcan salvedades a la regla de extensión a los extranjeros de derechos civiles de los españoles, estén o no incluidos entre los derechos reconocidos en este Pacto, deben superar el test de razonabilidad menos estricto, puesto que ese Pacto reconoce el derecho a la igualdad sin discriminación con carácter general. Esto último valía tanto para las salvedades consistentes en privilegiar a los extranjeros o a ciertos extranjeros respecto a los españoles, o a ciertos extran-

por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 26).

³⁹ Un ejemplo, acaso, aclare mejor cómo entiendo yo que operan estos tres tests. Tomemos la diferencia de trato que implica reservar un determinado beneficio a parejas constituidas por personas de sexo diferente. El objetivo de favorecer la procreación y el cuidado y educación de los hijos es legítimo, sin duda. Esa diferencia de trato supera sin problema el test de mera racionalidad, ya que dos personas del mismo sexo no pueden procrear. Sin embargo, no supera ninguno de razonabilidad, ya que es excesiva, puesto que no todas esas parejas, integradas por hombre y mujer, pueden procrear. Si la diferencia consiste en reservar un beneficio a las parejas constituidas por dos personas de sexo diferente, que puedan procrear, supera el test de razonabilidad menos estricto, pero no el más estricto de proporcionalidad, ya que también las parejas constituidas por dos personas del mismo sexo pueden criar y educar hijos, bien de uno de sus miembros, bien de ambos si se admite la adopción.

jeros respecto a otros extranjeros, o en no extender a los extranjeros o a algunos extranjeros los derechos civiles de los españoles⁴⁰.

Al mismo tiempo entró en vigor en España el Pacto internacional de Naciones Unidas sobre derechos económicos, sociales y culturales de 1966, que además de reconocer derechos a todas personas, formula una cláusula antidiscriminatoria, aunque sólo referida a los derechos que reconoce el mismo Pacto (art. 2.2)⁴¹. No hacía falta que incluyera una cláusula general, pues basta con la del art. 26 PIDCyP. Estos derechos, no siendo políticos, no pueden ser excluidos de la regla del art. 27 CC.

La igualdad de todos, no sólo de los españoles, ante la ley, sin discriminaciones, fue reconocida en España antes de la Constitución de 1978, por primera vez, con la entrada en vigor del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Y como he mostrado, esto afectó, limitándolas, a las posibilidades de que leyes o tratados establecieran salvedades a la regla de extensión a los extranjeros de los derechos civiles de los españoles, plenamente conforme a la igualdad de todos ante la ley.

2. *La Constitución de 1978*

Aunque el art. 27 CC mantiene su literalidad, no son pocas las consecuencias que para la norma en él contenida ha desencadenado la Constitución vigente.

El precepto más directamente relacionado con él es el contenido en el art. 13.1 CE: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley»⁴². Teniendo en cuenta que, a estos efectos al menos, libertades públicas incluyen los derechos reconocidos en la Constitución, ya tenemos un primer resultado de enorme relevancia:

⁴⁰ Tanto en «Españoles/extranjeros» (págs. 64-71) como en «Derechos fundamentales de los extranjeros...» (págs. 27-37) puse de manifiesto la enorme relevancia y potencial aplicativo de la cláusula antidiscriminatoria contenida en el art. 26 PIDCyP. Sigo manteniéndolo. Ahora bien, como pongo de manifiesto en esta obra, la regla contenida en el art. 27 CC supera esa relevancia y ese potencial, especialmente por el juego que dará al art. 14 CE, referido éste sólo a los españoles.

⁴¹ «Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 2.2).

⁴² Remito para más detalles sobre este precepto a «Españoles/extranjeros» (págs. 61-64) y «Derechos fundamentales de los extranjeros...» (págs. 24-27).

una ley, como la contenida en el art. 27 CC, obliga a entender extendidos a los extranjeros los derechos reconocidos a los españoles en la Constitución, salvo los derechos políticos. Por lo tanto, todos los extranjeros, desde la entrada en vigor de la Constitución, gozaron de todos los derechos constitucionales de los españoles, salvo los relativos a la organización política del país, con las salvedades que resultaran de las leyes especiales y de los tratados.

En las leyes hay una salvedad al mismo nivel o rango constitucional, como es la contenida en el art. 13.2 CE, que excluye a los extranjeros del goce de los derechos reconocidos a los españoles en el art. 23 CE: participación en los asuntos públicos y acceso a cargos y funciones públicas, si bien se puede permitir la participación de los extranjeros en elecciones municipales a condición de reciprocidad. Esta salvedad, relativa a los derechos políticos y al acceso a cargos públicos, ha existido desde antes de que existiera el mismo art. 27 CC.

En cuanto a eventuales salvedades a esta regla de extensión a los extranjeros de los derechos no políticos de los españoles, que pudieran contenerse en leyes especiales, ha de tenerse en cuenta que, tanto la modificación de esa regla, como la formulación de salvedades referidas a derechos comprendidos en los arts. 15-29 CE (derechos fundamentales y libertades públicas) requiere ley orgánica (art. 81 CE). Haría falta, por lo tanto, una ley de ese tipo para derogar el art. 27 CC, para invertir la regla que contiene —establecer la no extensión de derechos, como regla, salvo excepciones— y para limitar su ámbito a algunos de los derechos no políticos, excluyendo de esa regla de extensión de derechos a cualquiera de los reconocidos en los arts. 15-29 CE. Si se trata de derechos constitucionales, reconocidos en los arts. 30-38 CE, hay una reserva de ley (art. 53.1 CE), que impide los reglamentos independientes, esto es, que no desarrollen la regulación legal de las condiciones de ejercicio de esos derechos; es posible la delegación legislativa, pero no el decreto-ley (art. 86 CE). Para los demás derechos sigue operando la exigencia del propio art. 27 CC de que las salvedades sean establecidas en una ley, que puede ser tanto una ley ordinaria, como un decreto legislativo, pero no un decreto-ley (art. 86 CE), siendo posibles los reglamentos de desarrollo de salvedades previstas en actos con fuerza de ley o los reglamentos que establezcan tales salvedades porque otra ley o un decreto legislativo autorice el establecimiento de salvedades mediante reglamentos.

Haga o no falta ley orgánica, para establecer salvedades concretas a la extensión a los extranjeros de los derechos no políticos de los españoles, en función de que el derecho objeto de salvedad esté o no en-

tre aquellos cuyo desarrollo está reservado a ella, ha de tenerse en cuenta que no podrá negarse a los extranjeros ninguno de los derechos de los que gozan con base en la misma Constitución. Resulta primordial determinar los criterios, que nos permitan saber si un derecho constitucional está directamente reconocido a los extranjeros, pues, en tales casos, no hace falta tratado, ni ley que lo establezca. Los tratados y las leyes, a los que se refiere el art. 13.1 CE, para precisar de qué derechos gozan los extranjeros, tienen una doble función: reconocer a los extranjeros derechos que la Constitución no les reconoce, por un lado, y regular las condiciones de ejercicio por los extranjeros y por los españoles de todos los derechos constitucionales (art. 53.1 CE), por otro.

Conforme a la doctrina formulada en la STC 107/1984 (magistrado ponente D. Francisco Rubio Llorente), tres son las categorías de derechos y libertades, cuando se trata de saber si están reconocidos a extranjeros: los inherentes a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que han de ser reconocidos a todos; los que la Constitución niega a los extranjeros (arts. 13.2 y 23 CE); y los demás, que pueden ser reconocidos a los extranjeros, si así lo deciden los tratados o las leyes (art. 13.1 CE). Ahora bien, no se hace una relación completa de los que se consideran inherentes a la dignidad de la persona, sino que tan sólo se enuncian algunos: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica y otros, que en esa sentencia no se mencionaron. En otras ocasiones se ha dejado sentado que el derecho a la tutela judicial efectiva también es uno de éstos (SSTC 99/1985 y otras). En la STC 115/1987 se entendió que los derechos de reunión y asociación son también reconocidos a nacionales y extranjeros, aunque no porque sean inherentes a la dignidad de la persona⁴³. En las

⁴³ GARCÍA COSO (pág. 60) criticó la doctrina contenida en las SSTC 107/1984 y posteriores, advirtiendo que los extranjeros no sólo gozan de los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, sino también de los que la Constitución reconoce de modo impersonal. TAJADURA TEJADA (págs. 16 y 17) propone una clasificación, como resultante de la doctrina formulada en las SSTC 107/1984 y 115/1987: derechos vinculados a la dignidad de la persona, en los que tanto españoles como extranjeros están en posición de igualdad en su titularidad y ejercicio; derechos constitucionales reconocidos de modo genérico e indistinto a españoles y extranjeros, aunque no estén vinculados a la dignidad humana, cuya titularidad es igual para unos y otros, si bien el legislador puede establecer diferentes condiciones de ejercicio, adicionales para los extranjeros; derechos reconocidos a los españoles o a los ciudadanos, cuya titularidad puede el legislador orgánico extender o no a los extranjeros y cuyas condiciones de ejercicio puede el legislador decidir que sean diferentes; derechos constitucionalmente reservados a los españoles.

Con matices, es, sin duda, la clasificación más ajustada al texto constitucional, incluso tras la STC 236/2007.

SSTC 82 y 86/1996, 174/1999 y otras se ha reconocido que también los extranjeros tienen garantizado el derecho a la libertad (art. 17 CE), al menos en la STC 147/2000, como inherente a la persona.

En la STC 236/2007 (magistrada ponente D.^a Emilia Casas Baamonde) se parte de esta clasificación. Así, por un lado, hay en el título I de la Constitución una serie de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana o inherentes a la dignidad de la persona humana, que están garantizados constitucionalmente a todos, con independencia de su nacionalidad. Y por otro lado estarían los derechos que, por no presentar esa inherencia, son aquellos de los que los extranjeros serán titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y las leyes, como prevé el art. 13.1 CE. Entre los primeros cita el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la libertad y a la seguridad y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Entre los segundos considera que se encuentran el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a percibir una prestación por desempleo y, con matices, el derecho de residencia y desplazamiento en España.

Por mi parte, como ya sostuve⁴⁴, sin desechar, en modo alguno, el criterio de la dignidad, para precisar qué derechos y libertades han de entenderse constitucionalmente garantizados a todos, debemos atender también a los términos en los que son reconocidos los derechos y libertades y las garantías de que aparecen dotados, entre otras razones, porque, como puede apreciarse, no son sólo los exigidos por la dignidad de la persona aquellos de los que también gozan los extranjeros, sin necesidad de que un tratado o una ley lo establezca.

Gozan los extranjeros de todos los derechos y libertades que son inherentes a la persona, por exigirlo ineludiblemente la dignidad de la persona o el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Gozan de todos los demás que, aun sin esa conexión inmediata con la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad, la Constitución reconoce expresamente a todos o de modo impersonal, es decir, no sólo a los españoles. De todos esos derechos gozan los extranjeros, sin necesidad de que se los reconozca una ley o un tratado, por lo que tampoco la ley se los puede negar.

Básicamente son tres las fórmulas empleadas por la Constitución al reconocer los derechos y libertades dotados de eficacia directa:

⁴⁴ «Españoles/extranjeros» (págs. 72-80).

- Los reconocidos a todos o las libertades y garantías de las que nadie puede ser privado: la vida y la integridad física y moral (art. 15); la libertad ideológica, religiosa y de cultos (art. 16.1); no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias (art. 16.2); la libertad y la seguridad (art. 17.1); la tutela judicial efectiva, el juez natural, la defensa, la presunción de inocencia (art. 24); la tipicidad y legalidad de las penas y sanciones administrativas (art. 25.1); la educación (art. 27.1); la contribución al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1); la garantía expropiatoria (art. 33.3).
- Los reconocidos de forma genérica, esto es, ni explícitamente a todos, ni sólo a los españoles: el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones (art. 18); las libertades de expresión y de información (art. 20.1); la reunión (art. 21) y la asociación (art. 22); la elección por los padres del tipo de educación para sus hijos (art. 27.3); la creación de centros docentes (art. 27.6)⁴⁵; la libertad sindical (art. 28.1)⁴⁶; la huelga (art.

⁴⁵ Esta libertad está reconocida a «las personas físicas y jurídicas», por lo que, a primera vista, no sé si esto es más, menos o lo mismo que cuando se reconoce a «todos».

En cualquier caso, se trata de una manifestación especialmente protegida de la libertad de empresa (art. 38 CE), por dos vías. La primera consiste en que su violación sí permite recurrir en amparo (art. 53.2 CE). La segunda resultaría de que no puede dejar de estar reconocida a personas físicas o jurídicas, es decir, no puede circunscribirse sólo a las unas o a las otras, lo cual solamente significa que para emprender este tipo de actividad han de bastar los requisitos generales, pudiendo establecer sólo aquellos específicos cuya exigencia esté justificada por la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, exigibles por igual a todas las personas físicas o a todas las jurídicas. Ahora bien, ¿acaso esto segundo no debería valer igualmente para la libertad de empresa en general? ¿Acaso estaría permitido negar a una confesión religiosa reconocida el desarrollo de cualquier otra actividad empresarial, precisamente, por el hecho de ser religiosa? Quiero pensar que no — otra cosa es que en la realización de tales actividades queden en todo sometidas a la legislación general, puesto que tampoco tienen derecho a un tratamiento especial en ningún caso —, ya que se la estaría penalizando y se estaría violando la libertad de empresa (arts. 14 y 38 CE), aunque no fuese española, pues esta libertad no está constitucionalmente reconocida sólo a los españoles. Dicho de otro modo: aunque fuera constitucionalmente posible reservar el desarrollo de una determinada actividad económica a personas físicas o jurídicas, la creación de centros docentes siempre ha de ser posible tanto para unas como para otras, aunque, evidentemente, no necesariamente para todas.

Con base en lo anterior, considero que la expresión «las personas físicas y jurídicas» del art. 27.6 CE no equivale a «todos», ya que no se trata de un derecho o una libertad inherente a la persona, siendo necesaria además una cierta capacidad de obrar para poder ejercitarla. Con los matices antes apuntados, estamos ante otro caso más de los de este grupo, como la libertad de empresa en general (art. 38.1 CE), esto es, un derecho que no es reconocido a todos, ni sólo a los españoles.

⁴⁶ Aunque esta libertad es reconocida a «todos», está claro que se refiere a todos los trabajadores y no a todas las personas.

28.2); el matrimonio (art. 32); la propiedad privada y la herencia (art. 33.1); la fundación (art. 34); la negociación colectiva (art. 37.1); los conflictos colectivos (art. 37.2); la libertad de empresa (art. 38).

- Los reconocidos a los españoles o a los ciudadanos⁴⁷: la igualdad ante la ley sin discriminación (art. 14); la limitación de la informática en garantía del honor y la intimidad personal y familiar (art. 18.4)⁴⁸; la entrada y salida de España, la libertad de circulación y residencia (art. 19); la participación política y el acceso a cargos y funciones públicas (art. 23); la petición (art. 29.1); la defensa de España (art. 30); el trabajo y la elección de profesión y oficio (art. 35); el procedimiento preferente y sumario y, en su caso, el recurso de amparo por la violación de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14-30 (art. 53.2).

En cuanto a los derechos reconocidos entre los principios rectores de política económica y social, carentes de eficacia directa y dotados de eficacia programática (arts. 39-52 y 53.3 CE), son pocos los reconocidos sólo a los españoles o a los ciudadanos. Están reconocidos explícitamente a todos el acceso a la cultura (art. 44.1 CE) y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE). De modo impersonal son reconocidos la protección a la familia y a los niños (art. 39 CE); la formación profesional, la seguridad e higiene en el trabajo, jornada laboral limitada y vacaciones periódicas (art. 40.2 CE); la protección de la salud (art. 43 CE); la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46 CE); la participación de la juventud (art. 48 CE); protección de disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49 CE) y la defensa de los consumidores y usuarios

⁴⁷ ¿Qué sucedería con estos y otros derechos, si se llegase a configurar un estatuto propio del ciudadano extranjero, diferente y de menor contenido, que el propio del nacional?

Sobre la distinción entre nacionalidad y ciudadanía, entre otros, vid. PRESNO LINE-RA (págs. 19 y ss.) y B. ALÁEZ CORRAL, «Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática», en *Extranjería e inmigración (Actas de las IX Jornadas de la Asociación Nacional de Letrados del Tribunal Constitucional)*, págs. 43 y ss., y «Los condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía», en *Nacionalidad y ciudadanía*, de P. Costa y B. Aláez, Madrid, 2008, págs. 49 y ss.

⁴⁸ No tiene demasiado sentido que la llamada «libertad informática» sea reconocida a menos sujetos que la intimidad personal en general (art. 18.1 CE). Es más, en la declaración de 13 de diciembre de 1985, la Asamblea General de la ONU incluyó, sin matices, la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad en la relación de derechos que los individuos deben gozar en el Estado del que no sean nacionales.

(art. 51 CE). A los españoles o a los ciudadanos están reconocidos el régimen público de la Seguridad Social (art. 41 CE), los derechos económicos y sociales de los emigrantes (art. 42 CE), el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y las pensiones para la tercera edad (art. 50 CE).

Son, por lo tanto, los derechos no políticos cuyo reconocimiento no es una exigencia ineludible de la dignidad de la persona o del libre desarrollo de su personalidad y que la Constitución reconoce sólo a los españoles, los que pueden, mediante ley o tratado, ser excluidos de su goce por los extranjeros, como prevé el art. 27 CC en perfecta sintonía con el art. 13.1 CE, puesto que quedaron extendidos a los extranjeros desde la entrada en vigor de la Constitución por el juego combinado de los arts. 13.1 CE y 27 CC⁴⁹, en cuanto no lo estuvieran ya desde la entrada en vigor del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

En los tratados pocas salvedades son de esperar a esa extensión a los extranjeros de derechos no políticos de los españoles. Al contrario, lo que se desprende de la cláusula general de igualdad sin discriminación, contenida en el art. 26 PIDCyP es, precisamente, el reforzamiento de la regla contenida en el art. 27 CC. Además, la propia Constitución impone que las normas relativas a los derechos que reconoce sean interpretadas conforme a la Declaración universal de derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2). No albergo duda alguna acerca de si la norma contenida en el art. 27 CC es una de las que debe ser interpretada acudiendo a esos textos.

No estoy en desacuerdo con la aproximación finalista, sustancialista y amplia que se ha realizado en la STC 236/2007, para derivar de la exigencia de respeto a la dignidad de la persona humana el goce por los extranjeros de derechos, cuyo reconocimiento es consecuencia de esa exigencia. Nada que objetar. Ahora bien, considero necesario mantener también una aproximación más formalista, para identificar de qué derechos constitucionales gozan los extranjeros *ex Constitutione*, de modo que también se incluyan en este grupo los que la Constitución reconoce a todos o de modo impersonal, con independencia de la co-

⁴⁹ Mantengo así el criterio sostenido en obras anteriores sobre los diferentes grados que integran el derecho a la igualdad sin discriminación —«Españoles/extranjeros» (págs. 65 y 66) y «Derechos fundamentales de los extranjeros...» (págs. 29 y 30)—, si bien en ésta pongo de manifiesto que es en la regla del art. 27 CC donde se encuentra el fundamento de la extensión a los extranjeros de la protección que en el art. 14 CE se dispensa a los españoles, con un alcance y una intensidad superiores a los que resultan de aplicar la cláusula antidiscriminatoria, contenida en el art. 26 PIDCyP.

nexión, más o menos inmediata, que presenten estos derechos con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, en el sentido, de que no haga falta entrar en esta cuestión. Por cierto, si el derecho al trabajo no está entre aquellos, cuyo reconocimiento viene exigido por el respeto a la dignidad de la persona, como se dice en esta sentencia, ¿por qué sí iban a estarlo el derecho de propiedad privada, la libertad de empresa, el derecho de fundación, etc.? Y es que si estos derechos tampoco están entre los inherentes a la persona, el resultado coherente con la doctrina contenida en esta sentencia será que los extranjeros sólo gozarán de ellos, si un tratado o una ley lo establece, aunque la Constitución los reconoce de modo impersonal, no sólo a los españoles. Esto implicaría un claro retroceso, respecto a lo que resulta del art. 27 CC.

Esta otra aproximación, que mantengo, es más formalista que la formulada en la STC 236/2007, puesto que comienza por atender al tenor literal del reconocimiento del derecho en cuanto a sus titulares, pero sin excluir que, aunque un derecho sea reconocido literalmente sólo a los españoles, hayamos de entender que de él también gozan los extranjeros, sin necesidad de que lo prevea un tratado o una ley, si ese derecho presenta una conexión inmediata e inescindible con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). El resultado, pues, sería el siguiente: los extranjeros gozan *ex Constitutione*, tanto de los derechos inherentes a la condición de persona, por exigirlo el respeto a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), como de todos los que la Constitución reconoce a todos o de modo impersonal. Es lo que sostuve antes de la STC 236/2007⁵⁰ y lo que he seguido manteniendo tras ella⁵¹.

Adviértase cómo, por la norma contenida en el art. 27 CC, se ha invertido el papel que a las leyes y a los tratados reserva el art. 13.1 CE. No hace falta que una ley o un tratado extienda a los extranjeros los derechos que la Constitución no les reconoce o, si se prefiere, de los que no gozan conforme a la Constitución, sino que, al contrario, hace falta una ley o un tratado, para que los extranjeros no gocen de cualquier derecho no político que tengan los españoles.

Además, aunque el art. 14 CE reconoce sólo a los españoles el derecho a la igualdad ante la ley, prohibiendo a continuación por discriminatorios una serie de criterios diferenciadores, es indudable que ese

⁵⁰ «Españoles/extranjeros» (págs. 74-80 y 113-115).

⁵¹ «Derechos fundamentales de los extranjeros...» (págs. 42 y 43).

derecho (civil) a la igualdad ante la ley — así desde los precedentes remotos del art. 27 CC en la época liberal— también quedó extendido a los extranjeros desde la entrada en vigor de la Constitución, por el art. 27 CC, como también por el art. 26 PIDCyP. Todos, españoles y extranjeros, son iguales ante la ley y no pueden ser discriminados, siendo sospechosamente discriminatorias para todos ellos las diferencias de trato basadas en alguno de los criterios enunciados en el art. 14 CE, tras la extensión de este derecho a los extranjeros por el art. 27 CC. Ni el origen nacional, ni la nacionalidad están explícitamente mencionadas en el art. 14 CE, pero puede entenderse que el primero está incluido en el nacimiento, que sí aparece mencionado, y que ambos lo están entre las otras condiciones personales⁵².

Esto implica que cualquier diferencia de trato, basada en alguno de los criterios enunciados en la cláusula antidiscriminatoria, ha de superar el test de razonabilidad más o menos estricto, que proceda aplicar, sobre todo, si afecta al goce de algún derecho fundamental, para que no sea tenida por discriminatoria, no bastando con que la diferencia no sea arbitraria (test de racionalidad). Es una exigencia de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) no ser objeto de trato arbitrario (art. 9.3), por lo que todos gozan de ese contenido (mínimo) de la igualdad ante la ley y sin necesidad de que el art. 27 CC haya extendido a los extranjeros el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación.

En la STC 236/2007, citando la STC 137/2000, se incluye el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social entre los inherentes a la dignidad de la persona humana. En consecuencia, corresponde también a los extranjeros, con base en la propia

⁵² Me parece poco plausible interpretar que esa extensión a los extranjeros del derecho a la igualdad sin discriminación, reconocido en el art. 14 CE a los españoles, no comprenda las diferencias de trato favorables a los españoles, sino sólo las diferencias de trato frente a otros extranjeros, por suponer que en el art. 14 CE se protege a los españoles frente a diferencias de trato favorables a los extranjeros, de modo que esa misma protección sería la que se extendería a los extranjeros por la regla contenida en el art. 27 CC.

Considero que, siendo la nacionalidad una condición personal, gozar del derecho a la igualdad sin discriminaciones por cualquier condición personal lleva consigo someter al mismo control cualquier diferencia de trato por razón de la nacionalidad, con independencia de que los perjudicados sean los españoles o los extranjeros, o algunos extranjeros.

Aunque se considerase que la protección del art. 14 CE, que extiende el art. 27 CC a los extranjeros, ante diferencias de trato por razón de la nacionalidad fuera sólo por diferencias de trato entre extranjeros, la consecuencia sería que tales diferencias no habrían de superar el test de razonabilidad más estricto. Ahora bien, seguirían sometidas al test de razonabilidad menos estricto, propio del derecho a la igualdad, más exigente que el de mera racionalidad, exigencia de la dignidad de la persona.

Constitución, sin necesidad de que un tratado o una ley se lo reconozca. Ya antes he sostenido que la interdicción de la arbitrariedad y el respeto a la dignidad de la persona (arts. 9.3 y 10.1 CE) impiden el trato discriminatorio. Ahora bien, esto no lleva consigo que los extranjeros tengan constitucionalmente reconocido el derecho a que las diferencias de trato que les perjudiquen deban superar un test más estricto que el de racionalidad, pues no están protegidos por la regla del art. 14 CE. Sólo un tratado o una ley puede extenderles la protección que resulta para los españoles del art. 14 CE. Cualquier diferencia de trato, sea cual sea el criterio de diferenciación utilizado —los mencionados en el art. 14 CE u otros—, que sea arbitraria está constitucionalmente vedada al legislador, pero no por el art. 14 CE o no sólo por éste.

Si lo que se pretende afirmar o recordar en la STC 236/2007 es que la cláusula antidiscriminatoria, contenida en el art. 14 CE, es una concreción del respeto a la dignidad humana, coherentemente, habría que entender que las diferencias legales de trato que perjudicasen a los extranjeros son ilegítimas, aunque superen el test de racionalidad, es decir, aunque no sean arbitrarias, si no superan un test más o menos estricto de razonabilidad. Yo creo que, aun así, habría que distinguir en función del criterio de diferenciación utilizado por la ley. Si es la nacionalidad, resulta un tanto chocante que un precepto sólo referido a los españoles imponga someter las diferencias de trato favorables a éstos a un test más estricto que el de racionalidad, que es el indicado para evitar que prosperen diferencias de trato arbitrarias. Si el criterio de diferenciación es cualquier otro, la cosa cambia, de modo que también los extranjeros queden protegidos frente a discriminaciones, por lo que esas diferencias de trato habrán de superar el test de razonabilidad más o menos estricto, que proceda aplicar. Esto implica que, si esa diferencia de trato, no basada en la nacionalidad, es declarada ilegítima, debe desaparecer no sólo para los españoles potencialmente discriminados, sino para todos. Es decir, al analizar si está o no suficientemente justificada, habrá de aplicarse el (único) test de razonabilidad que proceda, no el de racionalidad para los extranjeros y el de razonabilidad para los españoles desfavorecidos.

Si las diferencias de trato por razón de la nacionalidad, favorables a los españoles o a algunos extranjeros en comparación con otros, deben superar un test más estricto que el de mera racionalidad, no es por exigirlo el art. 14 CE en sí mismo considerado, sino por aplicación de la regla de extensión a los extranjeros de los derechos no políticos de los españoles, formulada en el art. 27 CC, o por aplicación de las cláu-

sulas de igualdad y de prohibición de discriminaciones, contenidas en tratados firmados por España, especialmente, la contenida en el art. 26 PIDCyP, referida a todas las personas⁵³.

Las diferencias de trato que pueden generar las leyes o los tratados, al hacer alguna salvedad a la regla de extensión a los extranjeros de los derechos no políticos de los españoles, utilizarán el criterio de la nacionalidad o el del origen nacional y podrán afectar a la titularidad (reconocimiento) o a las condiciones para el ejercicio del derecho en cuestión. Por lo tanto, cualquier diferencia de trato, que se base en estos criterios debe superar el test de razonabilidad más estricto (proporcionalidad), al menos cuando afecten al ejercicio de un derecho fundamental. Hay en esto una diferencia importante, respecto a lo que resultaría de acudir sólo a los arts. 2.1 y 26 PIDCyP, ya que en ellos solamente se menciona el origen nacional, no la nacionalidad, como uno de los criterios diferenciadores prohibidos, con la consecuencia de que no procedería aplicar el test de razonabilidad más estricto a las diferencias por razón de la nacionalidad.

Lo que acabo de expresar vale para cualquier salvedad que se haga a la regla de extensión a los extranjeros de los derechos no políticos de los españoles. Algunos supuestos. Por razón del origen nacional: que los españoles de origen tengan más derechos que los españoles de origen extranjero. Por razón de la nacionalidad: negar derechos de los españoles a los extranjeros o a algunos extranjeros en función de su nacionalidad o imponerles condiciones de ejercicio menos favorables; reconocer derechos a los extranjeros o a algunos extranjeros en función de su nacionalidad, que no se reconocen a los españoles o que se les reconocen en condiciones menos favorables. Cabe, ciertamente, la discriminación positiva de extranjeros, pero la legitimidad constitucional de la finalidad que se persiga con la diferencia de trato requerirá constatar que esos extranjeros se encuentran ante obstáculos que les impiden o dificultan específicamente a ellos gozar realmente de libertad como individuos o como miembros de los grupos en los que se integran (arg. art. 9.2 CE).

En materia de derechos sociales —protección social con cargo a la Seguridad Social, sobre todo—, el juego combinado de los arts. 14 CE y 27 CC conduce a una gran reducción del margen de discrecionalidad del poder público, en orden a establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros, pues deben superar el test de razonabilidad más

⁵³ Matizo así, por la relevancia que tiene la regla del art. 27 CC, lo que sostuve a este respecto en «Derechos fundamentales de los extranjeros...» (págs. 34 y 35).

estricto, si afectan a derechos fundamentales, como lo son la protección de la familia (art. 39 CE), el derecho a prestaciones de la Seguridad Social en casos de necesidad (art. 41 CE), el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), la protección de disminuidos (art. 49 CE), las pensiones para la tercera edad y los servicios sociales (art. 50 CE). Esto tiene implicaciones evidentes para el gasto público.

Reformar el art. 27 CC, excluyendo de su regla de extensión a los extranjeros los derechos sociales, de modo que las diferencias de trato por razón de la nacionalidad no deban superar el filtro que resulta de aplicar la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, es una posibilidad, de resultados económicos dudosos. Esta modificación podría no requerir ley orgánica, por tratarse de derechos cuyo desarrollo legislativo no le está reservado (art. 81 CE), pero las diferencias de trato que se estableciesen deberían superar el filtro del art. 26 PIDCyP, puesto que contiene una cláusula antidiscriminatoria general, aplicable no sólo a los derechos que se reconocen en dicho Pacto. Por esta vía, el test a aplicar a tales diferencias de trato no sería el de razonabilidad más estricto y el margen de discrecionalidad para establecerlas sería mayor. Con todo, dudo mucho que se aceptase como legítima la finalidad de reducir el coste que implican tales derechos para el Estado. Otra opción es incidir en los requisitos de entrada y, sobre todo, permanencia de extranjeros en territorio español y controlar su observancia. Es ineludible situar los niveles de protección social pensando en todos, en función de su coste y de las prestaciones para todos, ya que la solidaridad que implica esta protección es de todos, españoles y extranjeros, hacia todos. ¿El dilema, una vez más, entre sostenibilidad económica del sistema público de protección social, que implica incidir sobre los ingresos y no sólo sobre los gastos, por un lado, y niveles dignos de protección para todos, sin exclusiones, por otro? Ningún dilema, ya que lo primero es condición de lo segundo y lo segundo el objetivo de lo primero.

3. *Tratados europeos*

La regla contenida en el art. 27 CC también supera, sin ningún problema, las exigencias derivadas del Derecho europeo y comunitario.

El Convenio de Roma de 1954 (CEDH), en vigor en España desde octubre de 1979, además de reconocer derechos singulares, contiene una cláusula antidiscriminatoria, circunscrita a los derechos que reco-

noce (art. 14)⁵⁴. Sí incluye el origen nacional o la pertenencia a una minoría nacional, como criterios de diferenciación sospechosamente discriminatorios, por lo que las diferencias de trato que se basen en ellos deberán pasar el test de razonabilidad más estricto, aplicando este Convenio, pero no menciona la nacionalidad, por lo que las diferencias de trato que pudieran establecerse con base en ella no tendrían que superar ese test, aplicando esa Convención. Sin embargo lo han de superar, de todas formas, aplicando la cláusula antidiscriminatoria contenida en el art. 14 CE, aplicable a los extranjeros, conforme al art. 27 CC.

Ha sido al aprobar el Protocolo n.º 12 al Convenio de Roma cuando se ha introducido una cláusula antidiscriminatoria general, esto es, no circunscrita a los derechos y libertades reconocidos en él. Se trata, según la rúbrica del precepto contenido en el art. 1 del protocolo⁵⁵, de una prohibición general de la discriminación, en la línea de la contenida en el art. 26 PIDCyP, como, por cierto, se dice en su memoria explicativa. No incluye esta cláusula criterios de diferenciación sospechosamente discriminatorios distintos a los del art. 14 CEDH, sino que los proyecta sobre cualesquiera derechos, no sólo sobre los reconocidos en la Convención. Sigue, por lo tanto, sin incluir la nacionalidad como uno de ellos, no por inadvertencia, sino conscientemente. En mi opinión, sólo con base en este protocolo, las diferencias de trato que afecten al ejercicio de cualquier derecho habrán de superar un test de razonabilidad estricto (proporcionalidad), si se basan en cualquiera de los criterios enunciados en esta cláusula general, mientras que las distinciones basadas en la nacionalidad han de superar el test de razonabilidad menos estricto (alternativa no excesivamente gravosa), como vengo sosteniendo⁵⁶.

⁵⁴ «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación» (art. 14).

⁵⁵ «El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1» (art. 1).

⁵⁶ «En el derecho de la mayoría, si no de la totalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa, se realizan ciertas distinciones basadas en la nacionalidad, por ejemplo, en cuanto a ciertos derechos o prestaciones. Las situaciones en que esas distinciones son perfectamente aceptables están suficientemente salvaguardadas por el propio significado de la noción de “discriminación”, tal como se describe en el apartado 18 anterior, ya que las distinciones para las que existe una justificación objetiva y razonable no constituyen discriminación» (apartado n.º 19 de los comentarios a las disposiciones del Protocolo).

Desde mis premisas, los extranjeros gozan de una mayor protección frente a la discriminación por razón de la nacionalidad, por el juego combinado de los arts. 13.1 y 14 CE y 27 CC, dado que las diferencias de trato que se basen en este criterio han de superar, como para los españoles, el test de razonabilidad más estricto (proporcionalidad).

En el artículo 18.1 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) sí se contiene una expresa prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, pero sólo en el ámbito de aplicación del tratado. Con base en esta prohibición sí puede considerarse sospechosamente discriminatoria cualquier diferencia de trato entre nacionales de los Estados miembros de esa Unión, por razón de su nacionalidad⁵⁷, yendo así más allá en la protección de estos extranjeros, en comparación con lo que para ellos resulta del art. 14 CE, sin tener en cuenta el art. 27 CC, e incluso del art. 26 PIDCyP y de otras cláusulas antidiscriminatorias contenidas en otros tratados. El test o escrutinio que reclama la prohibición contenida en el art. 18 TFUE es el de razonabilidad más estricto (proporcionalidad, alternativa menos gravosa), que ha de superar cualquier diferencia de trato entre nacionales de Estados miembros de la Unión Europea por razón de su nacionalidad, no bastando con el de mera racionalidad (exclusión de la arbitrariedad), ni con el de razonabilidad menos estricto (alternativa no excesivamente gravosa). En consecuencia, en este art. 18 TFUE se confiere la misma protección que la resultante de la aplicación combinada de los arts. 13.1 y 14 CE y 27 CC.

Algo más, en modo alguno contradictorio con el art. 18 TFUE, parece desprenderse de las cláusulas de igualdad y no discriminación, contenidas en los arts. 20 y 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Ahí se contienen tres reglas, sumamen-

Al exigir una justificación razonable y no sólo objetiva, está claro que el test a aplicar no puede ser de mera racionalidad.

En ese apartado 19 se dice que «una distinción es discriminatoria si “carece de justificación objetiva y razonable”, es decir, si no persigue un “objetivo legítimo” o si no existe “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido”» (STEDH de 28.5.1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*).

Este comentario no distingue entre razonabilidad más y menos estricta. La más estricta exige que la diferencia se circunscriba exclusivamente a aquello que sea imprescindible u obligado para conseguir el objetivo legítimo. La menos estricta no exige tanto, bastando con que la diferencia sea adecuada y no excesiva para alcanzar ese objetivo.

⁵⁷ En cambio, cuando en el art. 19.1 TFUE se enumeran los criterios de distinción sospechosamente discriminatorios no se incluye el de la nacionalidad, pues ya sólo podría referirse a las diferencias de trato entre ciudadanos de la Unión Europea y nacionales de Estados no miembros, que, en principio, no están prohibidas, ni son sospechosamente ilegítimas.

te esclarecedoras del distinto juego de la nacionalidad, como criterio de diferenciación. En primer lugar, la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 20 CDFUE), protectora también de los extranjeros, que permite entender que las diferencias de trato por razón de la nacionalidad han de superar el test de razonabilidad menos estricto, no bastando con que superen el de mera racionalidad, que es, en cambio, el exigido por el respeto a la dignidad de la persona (art. 1 CDFUE), incompatible con la arbitrariedad. En segundo lugar, la prohibición de discriminar por una serie de motivos, entre ellos, por la pertenencia a una minoría nacional (art. 21.1 CDFUE), pero no por la nacionalidad, de forma que a las diferencias de trato por razón de la nacionalidad sólo es aplicable la cláusula general de igualdad, con la consecuencia de que no han de superar el test más estricto de proporcionalidad. Y, en tercer lugar, la prohibición de discriminar por razón de la nacionalidad, pero sólo cuando la diferencia de trato esté establecida en perjuicio de ciudadanos de la Unión Europea dentro del ámbito de aplicación de los tratados constitutivos (art. 21.2 CDFUE), es decir, cuando sean establecidas en perjuicio de un nacional de cualquiera de los Estados miembros, siendo, ahora sí, aplicable el test más estricto de legitimidad de esa diferencia de trato⁵⁸. Pues bien, ese mayor grado de protección frente a discriminaciones por razón de la nacionalidad, que confiere el art. 21.1 CDFUE, es el mismo que resulta del juego de los arts. 13.1 y 14 CE y 27 CC.

4. *La ley de extranjería*

Este análisis no puede concluir sin dar cuenta de una ley, no precisamente especial, que tiene que ver de lleno con la regla contenida en el art. 27 CC. Se trata de la Ley orgánica 4/2000, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social (LODLE), tras sus sucesivas reformas por las Leyes orgánicas

⁵⁸ A modo de ejemplo, en la STJCE de 15.3.2005 se exigió claramente la proporcionalidad de la diferencia de trato entre nacionales de Estados miembros. Lo que sucede es que, en aquel caso, la diferencia de trato no superaba siquiera el test de mera racionalidad.

En la STJCE de 13.4.2010 es reiterada esa doctrina, ahora claramente, como *ratio decidendi*. Tras advertir que una diferencia de trato por razón de la residencia es una diferencia de trato indirecta por razón de la nacionalidad, considera que debe estar justificada por la consecución de un objetivo (legítimo), ser adecuada para conseguirlo y no exceder de lo necesario para lograrlo. Esos juicios de idoneidad y de proporcionalidad dejan claro que estamos ante el test más estricto de razonabilidad.

8/2000 y 2/2009. Tratándose de una ley general, la cuestión primordial en este lugar es la relativa a la vigencia del art. 27 CC. La Ley de extranjería no lo ha derogado expresamente. ¿Y tácitamente? Lo habría hecho si contuviera alguna regla incompatible con la del art. 27 CC (art. 2.2 CC). Esa incompatibilidad se daría si la Ley de extranjería hubiera establecido, para todos los extranjeros, una regla general de no equiparación a los españoles.

La primera ley de extranjería de 2000 sí estableció una regla general de equiparación en derechos constitucionales, salvo las excepciones que previera ella misma⁵⁹. Esa regla funcionó, pues, como una regla parcialmente coincidente con la del art. 27 CC. La redacción vigente del art. 3 LODLE, en su ámbito de aplicación —los derechos constitucionales de todo tipo de los extranjeros—, obliga a plantear su posible incompatibilidad con la del art. 27 CC, pues no se limita a reproducir la del art. 13.1 CE y la del art. 10.2 CE con algo más⁶⁰. Esto no significa que la regla del art. 27 CC haya quedado implícitamente derogada en su totalidad, puesto que su ámbito de aplicación no coincide con el de la ley de extranjería: los derechos no políticos de los españoles, reconocidos fuera o dentro de la Constitución. Ahora bien, no deja de tener consecuencias que el art. 3.1 LODLE no se haya remitido a cualquier ley, como hace el art. 13.1 CE, entre las que se encuentra el Código civil con su art. 27, sino a la Ley misma de extranjería y a las otras que regulen el ejercicio de singulares derechos constitucio-

⁵⁹ «Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley orgánica» (art. 3.1 LODLE previgente).

⁶⁰ «Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas» (art. 3).

Rectifico lo afirmado en «Derechos fundamentales de los extranjeros...» (pás. 55), pues en el art. 3.1 LODLE no se reitera lo establecido en el art. 13.1 CE, precisamente, porque en esta ley no se habla de las leyes en general —una de ellas, el Código civil en su art. 27—, sino de la misma ley de extranjería y de otras leyes especiales sobre derechos constitucionales de los extranjeros. Con otras palabras, el art. 3.1 LODLE no remite al art. 27 CC, como sí lo hace el art. 13.1 CE.

nales. ¿Es por esto inconstitucional la regla contenida en el art. 3.1 LODLE?

Ciertamente, el art. 27 CC puede ser derogado en su totalidad o parcialmente por una ley orgánica, como lo es el art. 3.1 LODLE. Sin duda. De este precepto resulta que de los derechos reconocidos en el título I de la Constitución los extranjeros sólo gozan si lo establece y en la medida en que lo establece la Constitución, los tratados, la propia Ley de extranjería y las leyes que regulan su ejercicio. ¿Acaso no es el Código civil una de esas leyes que regulan el ejercicio de derechos constitucionales, como las asociaciones, las fundaciones, la propiedad, el matrimonio o la herencia? Sin duda. En tal caso, es innegable que la regla contenida en el art. 27 CC mantiene todo su potencial aplicativo para los derechos, constitucionales o no, cuyo ejercicio regula el Código civil. ¿Y para los demás derechos? Sucede que, por estar incluida en el Código civil, esa regla es aplicable supletoriamente a cualesquiera otras, en caso de laguna (art. 4.3 CC). Es más, en el mismo art. 27 CC se prevé la no extensión a los extranjeros de los derechos civiles de los españoles, si un tratado u otra ley así lo establecen. Entonces, cuando una ley distinta al Código civil reconoce a los españoles un derecho no reconocido constitucionalmente, al no ser aplicable la Ley de extranjería, la extensión a los extranjeros de ese derecho se produce automáticamente, *ex art. 27 CC*, a menos que en esa ley singular se establezca lo contrario. En cambio, cuando una ley distinta al Código civil regula el ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente a los españoles, al ser aplicable entonces el art. 3.1 LODLE, si ese derecho no es alguno de aquellos cuyo ejercicio regula el Código civil, ¿gozan de él los extranjeros, si esa ley singular no lo establece ni lo excluye —*ex arts. 4.3 y 27 CC*—, o sólo si la ley así lo establece? ¿Hay en el art. 3.1 LODLE una implícita derogación o, mejor, una salvedad a la regla general del art. 27 CC, cuando se trate de derechos reconocidos en la Constitución sólo a los españoles, cuyo ejercicio no regula el Código civil?

La respuesta afirmativa a esa cuestión es plenamente respetuosa con la supresión de la expresión «en igualdad de condiciones que los españoles», que contenía la redacción originaria del art. 3.1 LODLE. Con la redacción vigente parece que hay que entender que no hay ya una regla legal general, salvo excepciones, de igualdad en el goce de los derechos constitucionales por españoles y extranjeros, sino que ha de estarse a lo que prevea cada ley que regule el ejercicio de derechos constitucionales. No podríamos, entonces, acudir al art. 27 CC para conseguir lo que no se quiso mantener por la Ley de extranjería en ella

misma, que es la que, con pretensión de generalidad, regula los derechos de los extranjeros, debiendo entender, por lo tanto, que, a estos efectos, formula una salvedad, no precisamente especial, a la regla del art. 27 CC, como éste mismo prevé.

En consecuencia, si el reconocimiento de un derecho no es una exigencia ineludible de la dignidad de la persona o del libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) y la Constitución lo reconoce, pero no a todos ni de modo impersonal, sino a los españoles, y si tampoco lo reconoce un tratado internacional firmado por España, no puede acudir al art. 27 CC para sostener que los extranjeros gozan de ese derecho, por impedirlo el art. 3.1 LODLE, salvo que sea el mismo Código civil la ley que regule el ejercicio de ese derecho u otra que establezca la aplicación supletoria del Código civil. En cambio, si se trata de un derecho no político, diferente a los del título I de la Constitución, que cualquier ley reconozca a los españoles, de él gozan, en principio los extranjeros y en las mismas condiciones que los españoles, sea o no el Código civil la ley que regule su ejercicio, pues en estos supuestos la regla del art. 27 CE conserva su plena operatividad.

Ahora bien, esto no significa que las diferencias de trato en el goce —titularidad o ejercicio— de cualquier derecho, incluido o no en el ámbito de aplicación del art. 3.1 LODLE, no deba superar el test de razonabilidad que proceda, en función de que esa diferencia esté incluida o no en el ámbito de aplicación de la cláusula antidiscriminatoria contenida en el art. 14 CE. En mi opinión, como he explicado, esta cláusula es aplicable a las diferencias de trato por razón de la nacionalidad en perjuicio de extranjeros, sólo por aplicación de la regla del art. 27 CC, ya que el art. 14 CE sólo se refiere a los españoles; si la razón de la diferencia de trato es otra, la cláusula del art. 14 CE es aplicable sin necesidad de acudir al art. 27 CC⁶¹. En consecuencia, como el derecho a la igualdad sin discriminación es uno de los incluidos en el ámbito del art. 3.1 LODLE, no sería aplicable a las diferencias de trato desfavorables a los extranjeros⁶². Ahora bien, esas

⁶¹ Recuerdo al lector que en la STC 236/2007 se sostiene que el art. 14 CE es aplicable a los extranjeros, por tratarse de una exigencia de la dignidad de la persona. Lo que yo sostengo es que lo incompatible con la dignidad de la persona son las diferencias de trato arbitrarias, es decir, las que no superan el test de mera racionalidad. En cambio, lo específico del art. 14 CE, que va más allá del respeto a la dignidad de la persona, es que las diferencias de trato deban superar el test de razonabilidad más o menos estricto. Y sigo sosteniendo que esto último no está garantizado en el art. 14 CE a los extranjeros, cuando la diferencia de trato se basa en la nacionalidad; sí cuando se basa en cualquiera de los otros criterios a los que se refiere.

⁶² Si no es aplicable cuando la diferencia de trato afecte al goce de un derecho reconocido en el título I de la Constitución, menos lo será si afecta al goce de otro derecho.

diferencias de trato sí habrán de superar el test de razonabilidad que resulte de aplicar las cláusulas antidiscriminatorias contenidas en el art. 26 PIDCyP o en el art. 1 del Protocolo n.º 12 CEDH, pues el art. 3.1 LODLE no impide, ni podría impedir, su aplicación; es más, se remite a los tratados.

Declarada la inconstitucionalidad de alguna de las condiciones de ejercicio de algún derecho, que imponga la ley a los extranjeros, bien porque viola el contenido constitucional de ese derecho como ámbito de libertad ilegítimamente comprimido⁶³, bien porque es discriminatoria, esa condición queda eliminada. Considero que, a partir de ese momento, los extranjeros gozan de ese derecho sin esa condición, pero sí en las otras que tengan establecidas específicamente para ellos, no declaradas inconstitucionales. Si las condiciones de ejercicio de un derecho son distintas para extranjeros y para españoles, la declaración de inconstitucionalidad de las impuestas a los extranjeros no lleva consigo siempre la extensión de las condiciones impuestas a los españoles, como sucedería de aplicar la regla contenida en el art. 27 CC a los derechos no políticos. Si se trata de un derecho reconocido en el título I de la Constitución, cuyas condiciones de ejercicio no regula el Código civil u otra ley que establezca la aplicación supletoria del Código civil, tal extensión no tiene lugar, por impedirlo la regla del art. 3.1 LODLE. Cuando esa extensión no tenga lugar, el resultado puede ser incompatible con el propósito al que obedece el art. 3.1 LODLE, si los extranjeros pueden ejercitar ese derecho sujetos a menos condiciones que los españoles. Esta diferencia de trato, ahora en perjuicio de los españoles, sí habrá de superar el test de razonabilidad más estricto, resultante de aplicar la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, en este caso, sin duda alguna. Este riesgo podría conjurarse aplicando, precisamente la regla del art. 27 CC, en el sentido de que, aun en el ámbito del art. 3.1 LODLE, en tanto el legislador no establezca otra cosa o si

⁶³ Advierto al lector que, frente a lo sostenido en el voto mayoritario de la STC 115/1987 (magistrado ponente D. Miguel López-Piñero y Bravo-Ferrer), últimamente confirmado por la STC 236/2007, considero que los extranjeros no gozan de la garantía constitucional de respeto al contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE), so pena de hacer irrelevante la regla del art. 13.1 CE. Del tema me he ocupado en profundidad en «Españoles/extranjeros» (págs. 80-86) y en «Derechos fundamentales de los extranjeros...» (págs. 47-55).

En relación con esta garantía constitucional, desde mis premisas, el art. 27 CC permite que de ella gocen los extranjeros indirectamente, esto es, en la medida en que por esta vía se les extiendan los derechos constitucionales de los españoles. ¿En qué medida? Pues, teniendo en cuenta el art. 3.1 LODLE, cuando se trate de derechos no políticos cuyas condiciones de ejercicio estén reguladas por el Código civil o por otras leyes que establezcan la supletoriedad del Código civil.

lo estableció, pero fue declarado inconstitucional, las condiciones en que los extranjeros pueden ejercitar los derechos no políticos que les reconocen la ley de extranjería u otras sean, por lo menos, las mismas que las establecidas para los españoles. ¿Es esto posible sin reformar en este sentido el art. 3.1 LODLE?

Lo que se ha impuesto en las SSTC 236 y 259/2007 (magistrado ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas), al declarar la inconstitucionalidad de la Ley de extranjería en lo relativo a los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga, es que el legislador, en un plazo de tiempo razonable, modifique la Ley, por entender que correspondía a éste decidir si las condiciones para el ejercicio de esos derechos por españoles y extranjeros eran o no las mismas. Esto parece coherente con la regla del art. 3.1 LODLE. En cambio, la declaración de inconstitucionalidad de esa misma ley en lo relativo al derecho a la educación y al beneficio de justicia gratuita sí dio lugar a la nulidad de las condiciones específicas impuestas a los extranjeros, por entender la STC 236/2007 que en esos derechos no cabían diferencias de trato entre extranjeros, independientemente de su situación administrativa, y —debemos suponer— españoles; dicho de otro modo: en esta ocasión, declarada la inconstitucionalidad de alguna condición impuesta a los extranjeros, se impuso la igualdad de condiciones porque no caben diferencias de trato entre españoles y extranjeros.

En mi opinión, esta doctrina es acertada en el ámbito de aplicación del art. 3.1 LODLE y mientras subsista esta norma. En cambio, si se trata de derechos no reconocidos en el título I de la Constitución o sí reconocidos en él, pero cuyas condiciones de ejercicio se regulan en el Código civil o en leyes que establezcan la supletoriedad del Código civil, la anulación de las condiciones impuestas a los extranjeros da lugar a la extensión a éstos de las impuestas a los españoles, por aplicación de la regla contenida en el art. 27 CC⁶⁴.

En definitiva, las posibilidades diferenciadoras que abre el art. 3.1 LODLE, al hacer o resultar de él una salvedad a la regla de extensión a los extranjeros de los derechos no políticos de los españoles, contenida en el art. 27 CC, consisten bien en no reconocer a los extranjeros derechos, cuyo goce no es exigencia ineludible de la dignidad de la persona o del libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), que la Constitución reconoce a los españoles y que tampoco derivan de tratados firmados por España, bien en imponerles condiciones para su ejer-

⁶⁴ Rectifico así lo que sostuve en «Derechos fundamentales de los extranjeros...» (pág. 46).

cicio diferentes a las impuestas a los españoles, si bien todas estas diferencias de trato deberán superar el test de razonabilidad que resulte de aplicar las cláusulas antidiscriminatorias contenidas en el art. 26 PIDCyP o en el art. 1 del Protocolo n.º 12 CEDH, que no será el de razonabilidad más estricto, si realmente esas diferencias se basan en la nacionalidad. El ámbito de esa salvedad son los derechos comprendidos en el título I de la Constitución, cuando la ley que regule su ejercicio no sea el Código civil ni otra que prevea la aplicación supletoria del Código civil.

Si no existiera esa salvedad a la regla de extensión a los extranjeros de los derechos de los españoles del art. 27 CC o cuando se trate de derechos no comprendidos en esa salvedad, los extranjeros gozarían sin más de los mismos derechos no políticos que los españoles, salvo los excluidos por el art. 13.2 CE y en las mismas condiciones de ejercicio; recuérdese que las reglas sobre capacidad de obrar son las que fija la ley nacional de cada cual (art. 9.1 CC). Y las diferencias de trato, que el art. 27 CC no impide, consistentes en no reconocer derechos a los extranjeros o en reconocérselos en condiciones más duras que para los españoles, habrían de superar el test de razonabilidad que resultase de aplicar la cláusula del art. 14 CE, pues es uno de los derechos de los españoles que les extiende la regla del art. 27 CC, sin necesidad de tratado alguno que así lo imponga, aunque sólo fuera del ámbito de aplicación del art. 3.1 LODLE —derechos no constitucionales— o cuando la ley que regule su ejercicio sea el Código civil u otra que admita la aplicación supletoria del Código civil.

Adviértase cómo el art. 3.1 LODLE impide entender aplicable *ex art.* 27 CC el derecho a la igualdad sin discriminación del art. 14 CE a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad en perjuicio de extranjeros, que, por lo tanto, no habrán de superar el test de razonabilidad más estricto, sino el que resulte de aplicar las cláusulas antidiscriminatorias, contenidas en tratados internacionales, como las de los arts. 26 PIDCyP y 1 del Protocolo n.º 12 CEDH, cuando tales diferencias de trato afecten a derechos constitucionales cuyo ejercicio no regula el Código civil ni otra ley que admita su supletoriedad. En cambio, cuando se trate de diferencias de trato por razón de la nacionalidad que afecten a derechos no constitucionales, aun en perjuicio de extranjeros, sí han de superar el test de razonabilidad más estricto, resultante de aplicar la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, pues entonces sí opera la regla del art. 27 CC, ya que estamos fuera del ámbito de aplicación del art. 3.1 LODLE. ¿No resulta esto algo chocante? ¿Cómo se explica que el legislador pueda ser más cicatero o menos generoso

para con los extranjeros, cuando se trate de derechos constitucionales, si éstos son los derechos que presentan una mayor conexión con la dignidad de la persona?

Aun comprendiendo las consecuencias económicas en términos de gasto público que puede implicar la plena operatividad de la regla del art. 27 CC en materia de derechos sociales, creo que es ésta y no la del art. 3.1 LODLE la opción políticamente más honesta. Téngase en cuenta que la regla del art. 27 CC no impide hacer cualquier salvedad a la extensión a extranjeros de derechos no políticos de los españoles. Lo que sucede es que esas salvedades habría que hacerlas, pues sin ellas, se impone la igualdad sin diferencias, y las que se hagan no pueden ser discriminatorias, aplicando la cláusula antidiscriminatoria contenida en el art. 14 CE.

Concluyo con una consideración, que hago mía, contenida en la STS de 1.2.1912 —magistrado ponente D. Luciano Obaya Pedregal—, razonando por qué no podía negarse a las demandantes (extranjeras) y recurrentes el beneficio de justicia gratuita, que habían solicitado, cuando advirtió que, en ausencia de «tratado especial que otra cosa disponga», negar ese derecho «conduciría quizás con ocasión de peligrosas consecuencias a negar a los extranjeros el ejercicio de los derechos que las leyes les conceden, cual si España fuera en este sentido patrimonio exclusivo de los españoles».

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B. (2008): «Los condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía», en *Nacionalidad y ciudadanía*, P. Costa y B. Aláez, Fundación Coloquio Jurídico-Europeo, págs. 49 y ss.
- AMORES CONRADI, M. A. (2005): «Constitución española y proceso civil internacional. Un balance», en *Pacis Artes*, obra homenaje al profesor J. D. González Campos, Editer Publicaciones, T. II, págs. 1185 y ss.
- BORRAJO INIESTA, I (1991): «El status constitucional de los extranjeros», en *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al Profesor García de Enterría*, Civitas, T. II, págs. 697 y ss.
- CALDUCH GARGALLO, M. (2003): «La asistencia jurídica gratuita al extranjero», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 4, págs. 65 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949): *Derecho civil de España*, vol. II, reimpr. 1984, Civitas.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J. (1993): «Artículo 27», en *Comentario del Código civil*, coords. C. Paz-Ares, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo y P. Salvador, Ministerio de Justicia, T. I, 2.ª ed., págs. 217 y ss.

- GARCÍA COSO, E (2001): *Comentarios a la ley de extranjería*, coord. J. M. Campo Cabal, Civitas, págs. 57 y ss.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpr. 1974, Universidad de Zaragoza.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (2006): «Españoles/extranjeros», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, págs. 61 y ss.
- (2011): «Derechos fundamentales de los extranjeros en el Derecho español», en *Inmigración, familia y Derecho*, coord. Julio V. Gavidia Sánchez, Marcial Pons, Madrid, págs. 23 y ss.
- IRIARTE ÁNGEL, J. L. (1988): *Los derechos civiles de los extranjeros en España*, La Ley.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1890): *Comentarios al Código civil español*, T. I, Imprenta de la Revista de Legislación.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1902): *Código civil*, T. I, 4.^a ed., Legislación Española.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1993): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, coord. M. Albaladejo, Edersa, T. I, vol. 3, págs. 480 y ss.
- PRESNO LINERA, M. A. (2004): «La participación política como forma de integración», en *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, coord. M. A. Presno Linera, Tirant lo Blanch, págs. 19 y ss.
- TAJADURA TEJADA, J. (2004): «Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 7, págs. 9 y ss.

